

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIDAD DE POSTGRADO Y RELACIONES INTERNACIONALES**



**TESIS DE GRADO
PARA OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**“LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS PREVISTOS EN LA
CONSTITUCIÓN, EN CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL”**

POSTULANTE: Abog. EMMA NATALIA MIRANDA PARRA

TUTOR: Dr. ISRAEL RAMIRO CAMPERO MÉNDEZ

LA PAZ - BOLIVIA

2018

ÍNDICE

“LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN, EN CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL”

	Pág.
I. INTRODUCCIÓN	1
II. ASPECTOS METODOLÓGICOS	3
1. PROBLEMA	3
2. OBJETIVOS	3
2.1. OBJETIVO GENERAL	3
2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	3
3. MÉTODO Y TÉCNICAS	4
3.1. MÉTODO DOGMÁTICO	4
3.2. INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL Y OBSERVACIÓN	4
CAPÍTULO PRIMERO	
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
1. LOS DERECHOS HUMANOS	6
2. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES	8
3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL	10
4. LA CONSTITUCIÓN COMO DECLARACIÓN DE DERECHOS	12
CAPÍTULO SEGUNDO	
LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA	
1. LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS COMO DERECHOS SOCIALES	18
2. LA FAMILIA EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL	20
3. LA FAMILIA DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL	23
4. LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA Y SU PROTECCIÓN	27
5. RELACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN FAMILIAR CONSTITUCIONAL, CON LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	32
CAPÍTULO TERCERO	
LA ALIENACIÓN PARENTAL COMO CONDUCTA VULNERADORA DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS	
1. QUIEBRE DE LA CONVIVENCIA MATERNO O PATERNO FILIAL Y LOS DERECHOS DE LOS HIJOS	38
2. ALIENACIÓN PARENTAL	42
2.1. ELABORACIÓN DEL PROCESO DE ALIENACIÓN PARENTAL	44
2.2. COMPORTAMIENTOS Y ESTRATEGIAS OBSTACULIZADORAS DE LA MADRE O PADRE ALIENADOR	45
2.3. LOS HIJOS EN MEDIO DEL CONFLICTO FAMILIAR Y JUDICIAL	46
2.4. LA ALIENACIÓN PARENTAL Y SUS REPERCUSIONES EN LOS HIJOS	49

CAPÍTULO CUARTO

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS, EN CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL

1. INSTRUMENTOS PARA LA TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS	53
2. LA IMPORTANCIA DE LA GARANTÍA NORMATIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	54
3. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS EN CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL. PROPUESTA	58
3.1. LAS FAMILIAS, LA RUPTURA DEL VÍNCULO CONYUGAL Y LA IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN MATERNO/PATerno FILIAL	59
3.2. INEXISTENTE LEGISLACIÓN DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL QUE GARANTICE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS EN CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL	62
3.3. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO: FUNCIÓN REPARADORA Y PREVENTIVA	65
3.4. PARÁMETROS QUE DEBE CONSIGNAR LA NORMA GARANTIZADORA, EN CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL	70
3.5. CRITERIOS APLICADOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO A CONSIDERAR	76

CAPÍTULO QUINTO

CONCLUSIONES

III. BIBLIOGRAFÍA	84
-------------------	----

“LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN, EN CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL”

I. INTRODUCCIÓN

El derecho constitucional como rama fundamental de la ciencia del derecho corta transversalmente todo el ordenamiento jurídico impregnando con sus mandatos y principios a la normativa infraconstitucional vigente. A través del derecho constitucional y sus preceptos normativos, no sólo se configura la estructura organizativa e institucional de un Estado sino que además se regulan los derechos fundamentales debiendo ser garantizados a efectos de concretar una convivencia armónica, equilibrada y justa.

Ahora bien, respecto al comportamiento humano, resulta importante resaltar que las relaciones familiares son las primeras relaciones humanas que experimentan las personas, por lo que influyen directamente en el desarrollo integral del individuo y posteriormente se constituyen en el origen o causa de su comportamiento como parte integrante de la sociedad. Cuando estas relaciones familiares se desarrollan vulnerando derechos de algunos de sus miembros o resultan ser disfuncionales, repercuten en el individuo y su conducta dentro del entramado social.

Por ello, conviene precisar que el análisis sobre la problemática social, de ninguna manera puede desarraigarse por un lado, del estudio del Derecho Constitucional, a partir del cual se prescriben derechos y garantías, orientándose la normativa de desarrollo, y por otro, del Derecho Familiar, como una rama jurídica orientada a regular las primeras “relaciones humanas” que experimentan las personas, y que más adelante repercuten en la sociedad. Siendo absolutamente coherente que la

familia, y los derechos de sus miembros sean protegidos por la Constitución como derechos fundamentales¹.

Empero de ello, existen casos en los que se desarrollan conductas; más allá de la escisión misma de las familias, de por sí suceso no necesariamente armonioso, que transgreden derechos que afectan a los miembros más vulnerables del núcleo familiar, vale decir, los hijos. Vulneración ejercida por parte de los propios progenitores. Situación que se advierte cuando la pareja rompe su vínculo matrimonial o de unión libre, debiendo el hijo quedar bajo la guarda de uno de los padres, quien se encarga de obstaculizar la relación materno/paterno filial del hijo con el ex cónyuge, influyendo negativamente en la imagen que éste pueda proyectar de la madre o padre que no tiene la guarda, y con quien se le impide arbitrariamente una relación familiar. Conductas que generan la llamada “Alienación Parental”.

La referida realidad, independientemente de las sanciones que pueda prever la ley para la madre o padre que ejerce tal conducta, constriñe al análisis de alternativas legales que permitan garantizar los derechos de los hijos dentro del núcleo familiar víctimas de alienación parental, entendiéndose que las familias y los derechos de todos sus miembros, en igualdad de condiciones, merecen una efectiva protección y garantía, primero normativa y lógicamente también jurisdiccional, que hoy en día se extraña en la regulación de desarrollo en tales casos.

Al efecto, el presente estudio tiene por objeto plantear la reparación del daño como garantía² de los derechos de los hijos como parte del núcleo familiar, en casos de Alienación Parental.

¹ Constitución Política del Estado de 2009, artículos 62-66.

² Conforme prevé el Art. 109.II de la Constitución: “*Los Derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley*”.

II. ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. PROBLEMA

La inexistencia de garantía de los derechos de los hijos en casos de alienación parental.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL

2.1.1. Plantear la reparación del daño como garantía de los derechos de los hijos en casos de alienación parental.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

2.2.1. Establecer la importancia del reconocimiento de los Derechos las Familias como Derechos Fundamentales en la Constitución boliviana.

2.2.2. Identificar a la alienación parental como un desorden o trastorno ocasionado en los hijos, consecuencia de conductas obstaculizadoras de la relación parental ejercidas por los padres en situación de desvinculación conyugal.

2.2.3. Determinar la inexistencia de garantía de los derechos de los hijos en casos de alienación parental.

2.2.4. Determinar que la reparación del daño garantiza los derechos de los hijos en casos de alienación parental.

3. MÉTODO Y TÉCNICAS

3.1. MÉTODO DOGMÁTICO

El presente estudio se efectuó utilizando un enfoque Cualitativo³. En esa línea se ha utilizado el método dogmático considerando los siguientes aspectos.

El método dogmático busca la razón jurídica, con su aplicación se busca aprender los textos legales como producto de significaciones objetivas del legislador que las formuló, no como hechos empíricos sino como significaciones lógicas, manifestaciones objetivas que parten de la razón. La interpretación de la norma se funda en cuatro elementos, la lógica, el elemento gramatical, el elemento histórico y la propia sistemática.

En consecuencia, tomando en cuenta que la interpretación de la norma constitucional, requiere de un ejercicio lógico, gramatical, histórico y sistemático, es pertinente la aplicación del método de referencia a efectos de fundamentar el desarrollo constitucional, como garantía de los derechos de los hijos en su condición de miembros del núcleo familiar y su eficacia en casos de alienación parental.

3.2. INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL Y OBSERVACIÓN

La investigación documental es una estrategia metodológica (técnica) que permite la revisión de antecedentes en relación al objeto de estudio, para reconstruirlo o

³ Los autores Blasco y Pérez (2007:25), señalan que la investigación cualitativa estudia la realidad en su contexto natural y cómo sucede, sacando e interpretando fenómenos de acuerdo con las personas implicadas. Utiliza variedad de instrumentos para recoger la información como entrevistas, imágenes, observaciones, historias de vida, en los que se describen las rutinas y las situaciones problemáticas, así como los significados en la vida de los participantes. Por otra parte, Taylor y Bogdan (1987), citados por Blasco y Pérez (2007: 25-27) al referirse a la metodología cualitativa como un modo de encarar el mundo empírico, señalan que en su más amplio sentido es la investigación que produce datos "descriptivos": las palabras de las personas, habladas o escritas y la conducta observable.

conceptualizarlo. El análisis documental supone la lectura de los documentos para reconstruir componentes de una realidad. Posibilita una mirada retrospectiva, actual y prospectiva del fenómeno a estudiar, aspecto imprescindible en la presente investigación a efectos de la revisión de la normativa constitucional y de desarrollo en materia de los derechos de los hijos como parte del núcleo familiar y su garantía en casos de alienación parental.

Asimismo, la observación es un procedimiento empírico por excelencia, por el cual se establece una relación concreta e intensiva entre el investigador y el hecho social o los actores sociales de los cuales se obtienen datos que luego se sintetizan para desarrollar la investigación. Se trata de un proceso cuya función primera e inmediata es recoger información sobre el objeto que se toma en consideración.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. LOS DERECHOS HUMANOS

De acuerdo a lo señalado por el Prof. Díaz Revorio: “La Carta de las Naciones Unidas⁴, posicionó a los derechos humanos como un elemento fundamental en la esfera de las obligaciones internacionales, este fue el primer instrumento que empleó la referida terminología. Es así que los derechos humanos constituyen el objeto de estudio para muy diversas disciplinas, entre las cuales la ciencia jurídica ocupa un lugar destacado. Incluso dentro del ámbito jurídico, los derechos son analizados desde diversas ramas y sectores, como la Filosofía del Derecho, el Derecho Internacional, o desde luego el Derecho Constitucional. Para esta última rama constituyen uno de sus núcleos o pilares fundamentales, desde que el artículo XVI de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano afirmó: *“Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”*. De ahí su enorme trascendencia para el derecho Constitucional, ya que la Norma Suprema regula no sólo los órganos del Estado, sino también la relación del ciudadano con el Estado, y entendemos que éste no será legítimo si dicha relación no tiene como fundamento el reconocimiento y garantía de los derechos”⁵.

En esa línea, la garantía de su protección corresponde a todo ser humano, sin importar su nacionalidad, sexo, edad, origen étnico, raza, religión, idioma o cualquier otro estatus; cada persona está igualmente protegida por tales derechos, sin discriminación alguna. Para precisar sus particularidades, podemos establecer que éstos son, universales e inalienables, están interrelacionados y son

⁴ La Carta se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta. (Fecha de consulta: 06 julio 2018). Disponible en: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>.

⁵ DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER, *“Estudios sobre los Derechos y sus Garantías en el Sistema Constitucional Español y en Europa”*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Primera Edición, México, 2015, pág. 7.

interdependientes e indivisibles, el avance de uno facilita el avance de los demás, de la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás; son iguales y no discriminatorios. La base fundamental que subyace en los derechos humanos es brindar las condiciones necesarias para la realización del potencial humano⁶. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos o de limitarlos, adoptando de igual manera medidas positivas para facilitar su disfrute. Por ello, los Derechos humanos, tal como se consideran hoy, pueden encararse, por una parte, como un sector jurídico privilegiado en el sentido de que merecen una consideración peculiar y garantías especiales que además tienen rango constitucional.

Al decir de Gelsi Bidart “se constituyen en fundamento para la regulación normativa. El tema de los derechos humanos aparece, ante todo, como modelo a seguir, en lo que al orden jurídico respecta, modelo no eventual, sino necesario, pues humanamente no puede descartarse su reconocimiento. Es decir, el establecimiento del orden jurídico requiere, inicialmente la consagración de los derechos humanos”⁷.

Finalmente para una aproximación, rescatamos a Russo, que señaló que los derechos humanos son los derechos fundamentales de la persona humana, tomando a ésta en sus tres dimensiones: *“como ser físico, como ser psíquico y como ser social. Esa aproximación implica tomar una decisión, desplazando un criterio objetivo (catálogo de derechos) hacia uno subjetivo (definición de persona). Las tres dimensiones referidas se corresponden con otras tantas etapas del pensamiento antropológico, que fueron completando una concepción integral de lo que consideramos persona, partiendo de su aspecto externo, biológico, para un*

⁶ “CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bolivia, Junio de 2014.

⁷ GELSI BIDART, ADOLFO, “*De Derechos, Deberes y Garantías del Hombre común*”, Editorial BdeF, Montevideo Buenos Aires, 2006, Pág. 167.

posterior reconocimiento de una “vida interior”, espiritual, intelectual o psíquica, para finalizar admitiendo la interdependencia del ser humano, como unidad psicofísico con el medio social al cual pertenece. Partiendo de esas tres dimensiones se pueden ordenar los derechos fundamentales reconocidos o reivindicados a favor de la persona humana Así, por ejemplo, en la primera dimensión podemos encontrar al derecho a la vida, a la subsistencia y a la integridad física, en la segunda, los derechos a la libertad de pensamiento y de creencia y el derecho a educarse, y en la tercera, el derecho a participar en la vida cultural y cívica de la comunidad, los derechos de asociación, de reunión, de igualdad de trato, etc. Desde un plano teórico, el sistema de derechos humanos es un sistema abierto a un entorno de “realidad social” (luchas, demandas, reivindicaciones, etc.) que incluye, como un sistema, al derecho positivo, también abierto respecto de aqué⁸.

2. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Tal cual expresa Pérez Luño, los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” son utilizados, muchas veces como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término “derechos fundamentales” para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la formula “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como las exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo⁹.

⁸ RUSSO, EDUARDO ÁNGEL, “*Derechos Humanos y Garantías, el Derecho al mañana*”, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 1° Edición, Abril, 2001 Págs. 36 y 38.

⁹ PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., “*Los Derechos Fundamentales*”, Octava Edición, Tecnos, Madrid-España, 2004, Pág. 44.

El mismo tratadista refiere que *“en los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término derechos humanos aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los “derechos fundamentales”*. En esa línea *“los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción Derechos Fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional... Los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido”*¹⁰.

Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho¹¹.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *“Los Derechos Fundamentales”*, Octava Edición, Tecnos, Madrid-España, 2004, Págs. 46 y 47.

¹¹ *Ibidem*, Pág. 47.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Los derechos fundamentales son un conjunto de *derechos subjetivos*¹² que pertenecen o corresponden a todos universalmente, en cuanto son personas, ciudadanas, ciudadanos o sujetos con capacidad de actuar, destacando su igualdad jurídica e identificándolos como derechos universales, inalienables e indisponibles. Ahora bien, cuando se hace referencia a ese “*carácter universal no se otorga un sentido absoluto, sino relativo, respecto de todos aquellos sujetos a quienes normativamente se reconozca como titulares de derecho. La extensión de la igualdad dependerá, de esa manera, de la cantidad y la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, de tal manera que entre más extensa sea la cantidad de individuos pertenecientes a ese “status” normativo, (por ejemplo, “persona”, “ciudadano”, “capaz de obrar”) mayor será la democracia en el Estado que promueve dicha ampliación; y viceversa, cuanto más restringido sea el “acceso” a tales “status”, menor será el desarrollo del proceso democrático y menos el alcance de la igualdad. La indisponibilidad de los derechos fundamentales presenta una doble dimensión: activa y pasiva. Y es que ni los propios titulares gozan de la potestad para alienarlos, indisponibilidad activa, ni los otros sujetos, incluido el Estado, tienen autoridad para suprimirlos o limitarlos, indisponibilidad pasiva. Así, estos derechos imponen límites a sus propios titulares y a terceros pues imposibilitan su enajenación y su privación*”¹³.

La fundamentalidad radica en su universalidad e indisponibilidad, de tal forma que constituyen un límite a los poderes públicos y a la autonomía de sus propios

¹² “Los derechos subjetivos son las facultades que el derecho objetivo (las normas o leyes) otorga a las personas. O dicho de otra forma, el derecho subjetivo es aquello que nos es lícito hacer de acuerdo al ordenamiento jurídico. Se trata por tanto de una percepción individualista del derecho. El derecho subjetivo faculta a las personas para poder actuar con libertad siempre que se haga dentro de los límites de la legalidad; dota a las personas de la posibilidad de realizar actos jurídicos y además permite exigir a los demás el cumplimiento de los deberes impuestos en las normas”, (Fecha de consulta: 06 julio 2018). Disponible en: <https://definicion.mx/derecho-subjetivo/>

¹³ FERRAJOLI, LUIGI, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” Estructura y Procesos de Derecho, cuarta Edición, Editorial Trotta, Octubre de 2009, Págs. 21 y 32.

titulares. En tal sentido, se constituyen en condición de legitimidad de los poderes públicos y determinan la sustancialidad de la democracia.

Por definición siempre se van desarrollando en protección de la parte más débil y como límites al poder¹⁴. Los derechos fundamentales expresan la dimensión sustancial de la democracia y en virtud de sus características de universalidad, indisponibilidad y de rango usualmente constitucional, constituyen parámetros de validez del ejercicio de los poderes públicos y se configuran como vínculos sustanciales normativamente impuestos incluso a las decisiones de la mayoría, al ser fundamentales para la convivencia en comunidad y razón de ser del Estado¹⁵.

Los derechos fundamentales han sido fruto de una doble confluencia, por un lado suponen el encuentro entre la tradición filosófica humanista, representada prioritariamente por el iusnaturalismo de orientación democrática, con las técnicas de positivación... de otro lado, representan un punto de mediación y de síntesis entre las exigencias de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales. Los derechos fundamentales, aparecen por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos¹⁶.

¹⁴ “El poder, todos los poderes, sean públicos o privados- tiende en efecto, ineluctablemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho. “Es una experiencia eterna”, como escribiera Montesquieu, “que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”. Y este límite es precisamente el derecho, el cual, por lo mismo, se configura al menos en la edad moderna, como una técnica dirigida a limitar, disciplinar y, por consiguiente, minimizar el poder. Es ésta, precisamente, la naturaleza del derecho moderno y del Estado de derecho, Principio de legalidad, división de poderes, sujetos de todos a los poderes de la ley –incluso, en los sistemas dotados de constitución rígida, el poder legislativo- no son sino técnicas dirigidas a garantizar la limitación y la regulación del poder, de otro modo absoluto. ...Por eso, bien podemos definir al derecho como la ley del más débil frente a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza... Toda la historia moderna del derecho puede ser leída como la historia de esta larga y difícil obra de minimización del poder de una progresiva sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, que es “el gobierno de la razón”, escribía Aristóteles...” Véase en: FERRAJOLI, Luigi, “El Garantismo y la filosofía del Derecho”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, Págs. 118-121.

¹⁵ FERRAJOLI, LUIGI, “Los fundamentos de los derechos fundamentales.” cit., Págs. 35-36.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., “Los Derechos Fundamentales”, Octava Edición, Tecnos, Madrid-España, 2004, Págs. 43-44

Los derechos subjetivos fundamentales se entienden en consecuencia como conjunción de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación en un derecho positivo vigente, presentándose de acuerdo a lo señalado por el profesor Gregorio Peces – Barba, como: *“Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción”*¹⁷.

4. LA CONSTITUCIÓN COMO DECLARACIÓN DE DERECHOS

Ayala Baldelomar, refiere: *“Tal cual señala Hesse (1992), las tareas fundamentales de la Constitución son tres: a) Integradora, b) De dirección jurídica y, c) Organizadora. La primera de estas funciones, es decir, la función integradora, es comprendida, en tanto que la Constitución logra como uno de sus objetivos amalgamar la diversidad de opiniones, diferencias propias de una sociedad plural y cultural que pretenda auto organizarse políticamente en una “unidad política”, convirtiéndose así el texto constitucional en el mayor referente simbólico e integrador de esa diversidad social y cultural. La segunda, nos permite deducir que la Norma en cuestión se configura en una dimensión normativa fundamental, pues conforma una estructura jurídica, cuyo vértice es la propia Constitución. El carácter e importancia de esta estructura, en cuya cima se asienta el texto constitucional, hace posible el equilibrio de la unidad política, evitando así que esta unidad quede librada a su suerte y pueda autodestruirse por posibles luchas de poder, trazando de esta forma, normas y reglas mediante un ordenamiento jurídico. Finalmente, la tercera tarea se refiere a la conformación de los poderes del Estado, pues la*

¹⁷VELÁSQUEZ RIVERA, RICARDO, *“Derechos Humanos y Administración de Justicia”*, Organismo Judicial de Guatemala, Revista Jurídica 2008-2009, Pág. 1, citando a Gregorio Peces – Barba, (Fecha de consulta: 06 julio 2018). Disponible en: <http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnálisisDocumentaciónJudicial/cds/CDs%20revista%20juridica/Revista%20Juridica%2008-09/articulos/derechoshumanos.pdf>

Norma Suprema desarrolla una organización que conduce a la formación de la unidad política mediante un proceso ordenado. De esta forma, la Constitución es comprendida como el ordenamiento jurídico del proceso de integración del Estado, haciendo posible la convivencia de sus ciudadanos, convirtiéndose, asimismo, en la normativa rectora y suprema del conjunto de la comunidad”¹⁸.

La Constitución en consecuencia, se convierte en el punto de llegada de un proceso político y el punto de partida de un ordenamiento jurídico¹⁹. Por ello, es a la Constitución a quien le corresponde la primacía respecto de todo el restante derecho interno. Por eso también el texto constitucional no puede ser derogado ni reformado por leyes ordinarias. Asimismo, ninguna disposición del ordenamiento jurídico ni acto estatal alguno pueden contradecirlo. Todos los poderes públicos, incluso el legislativo, se hallan vinculados por la Constitución, debido al carácter de supremacía que se le confiere²⁰.

Al respecto, la suprallegalidad como atribución de la Constitución, no es más que la garantía jurídica de la supremacía y, en tal sentido, toda Constitución tiene la vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad²¹ y, por tanto, en la norma superior y de inexcusable cumplimiento a la cual la sociedad política se somete.

Ahora bien, para la filosofía política, el término “Constitución” es comúnmente utilizado, en su sentido originario para denotar cualquier ordenamiento estatal de tipo liberal (o, si se quiere, liberal-garantista); un ordenamiento en el que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado esté protegida mediante oportunas técnicas de división del poder político. El originario concepto liberal de

¹⁸ AYALA BALDELOMAR, WILLIAM JOSUÉ, “QUINTA PARTE: JERARQUÍA NORMATIVA Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN. Análisis de la Quinta Parte de la nueva Constitución Política del Estado: primacía y reforma de la Constitución”. Cit. a Hesse 1992, 1996: 14 y ss. y Haberle, 1996: 16 y ss. En *MIRADAS, NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA-Internacional) y la Universidad Mayor de San Andrés, Impreso en La Paz – Bolivia, Enero de 2010. Págs. 211-212.

¹⁹ *Ibíd.*, Pág. 214.

²⁰ *Ibíd.*, Pág. 214.

²¹ *Ibíd.*, Cita a Pérez Royo, 1987: 233, Pág. 214.

Constitución fue puesto en claro por el artículo 16 de la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano” (1789), que estableció lo siguiente: “*Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución*”²². En este contexto, evidentemente, el término “Constitución” denota, no ya, una organización política cualquiera, sino una organización política liberal y garantista. Al efecto, la Constitución es también concebida, como límite al poder político.

Las normas que declaran los derechos fundamentales, es decir, los derechos que protegen al ciudadano (más exactamente, al hombre) frente al poder, son en consecuencia, fuente inmediata de derechos. Aunque el sentido de estas normas ha cambiado en nuestro tiempo, de manera que no se las entiende ya sólo como garantía de un ámbito de libertad del individuo, sino también como fundamentación de status y como elementos estructurales básicos de derecho objetivo, es evidente que su contenido primario sigue siendo original, y que ellas constituyen la parte más importante de la Constitución como fuente del derecho. La incorporación de estas normas en la Constitución está hecha en términos tan amplios y completos que bien puede decirse que no hay ninguna otra que la supere y que podamos limitar nuestro estudio a sólo ellas prescindiendo de las contenidas en las declaraciones internacionales sobre la materia ya incorporadas o en vías de incorporarse a nuestro derecho²³.

En esa línea, la Constitución debe entenderse como una Constitución Normativa, hoy en día, esa naturaleza normativa implica su condición de *fuerza del derecho*²⁴,

²² GUASTINI, RICCARDO, “*Estudios de teoría constitucional*”, Universidad Nacional Autónoma de México editores, México D.F. , 2001, Pág. 29

²³ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “*La Constitución como Fuente de Derecho*”, Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos, compilador: Carbonell, Miguel, Editorial Porrúa, México, 2008, Págs. 166-167.

²⁴ “*La Constitución no sólo establece quién hace la norma, sino cómo la debe hacer y cuál debe ser su contenido mínimo. De esta manera la Constitución es así esencialmente sólo la norma que establece la vía para el desarrollo y renovación del ordenamiento, garantizando su unidad. El objeto de la Constitución es, así, la regulación de los modos de producción del derecho. Esta regulación de los modos de producción del derecho se opera mediante la atribución de competencia nomotéticas a distintos órganos del Estado, o incluso, en un ordenamiento complejo como el que resulta de nuestra Constitución, a entidades políticas distintas. Junto a esta atribución de competencias, como complemento y derivación necesaria, toda Constitución ha de establecer, además, de manera implícita*

fuerza diferenciada del derecho, por las características del texto constitucional; configurándose en el soporte de las normas constitucionales que se incorporan al ordenamiento jurídico. Este aspecto supone una real transformación en relación al sistema de fuentes del derecho, pues la propia Constitución se determina como Derecho, al situarse en el centro mismo del ordenamiento jurídico, explicándose este cambio a partir de un tránsito del *Estado de Derecho*²⁵ a un *Estado Constitucional de Derecho*²⁶. Este tránsito no es casual, ni se ha generado por una mera evolución de los conceptos jurídicos, sino que responde a una transformación esencial en el sentido del constitucionalismo. El Estado constitucional de derecho, no se presenta con los mismos presupuestos jurídicos mencionados, pues sus fundamentos sociopolíticos cambian radicalmente, el proceso de democratización, socialización y normativización del Derecho

o explícita, algunos principios estructurales básicos, algunas reglas formales que aseguren la armonía del conjunto". Véase en RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, "La Constitución como Fuente de Derecho", Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos, compilador: Carbonell, Miguel, Editorial Porrúa, México, 2008, Págs. 157-158.

²⁵ "Desde sus orígenes, la intención que subyace al Estado de derecho es la de guiar, controlar y limitar el ejercicio del poder público a través de normas de carácter general, que conformen un sistema claro y conocido por los ciudadanos. Para que tal aspiración se concrete, resulta necesaria la existencia de un orden legal orientado hacia el poder público con el triple objeto de: 1) guiar su acción y dirigir su ejercicio, marcando el camino hacia determinados objetivos e intereses sociales; 2) controlar su funcionamiento, fiscalizando y monitoreando el desempeño de los funcionarios y oficinas públicas, con el fin de que se cumplan dichos objetivos e intereses; 3) limitar su ejercicio, para impedir que los distintos órganos de gobierno invadan las jurisdicciones de los demás y se apropien de sus atribuciones, poniendo en riesgo así a los ciudadanos y sus derechos fundamentales. Para concretar estos objetivos, resulta imprescindible que las normas conformen un sistema: 1) claro en sus premisas; 2) conocido por los ciudadanos, a fin de que dichas disposiciones puedan ser incorporadas en las distintas interrelaciones, públicas y privadas, que conforman la sociedad. Como resultado del orden establecido, la ley (elaborada y ejecutada de acuerdo a criterios prescritos y publicitados) es aplicada a todos (gobierno, grupos sociales y ciudadanos) de forma imparcial por parte de las instituciones del Estado, entre las que se encuentra el sistema judicial (aunque no con carácter exclusivo). Sin embargo, como resulta evidente, para que el Estado de derecho logre imperar de manera efectiva en una sociedad, hace falta algo más que la mera existencia de normas e instituciones encargadas de su aplicación. En efecto, las normas pueden ser derechos "sobre el papel", y las instituciones, simples fachadas carentes de significación. Por lo tanto, en términos de la teoría política, podemos hablar entonces de la institucionalización, como un proceso a través del cual el Estado de derecho alcanza estabilidad y valor. La institucionalización se produce en la medida en que el derecho representa intereses generales de la sociedad y no de sus grupos dominantes. Por lo tanto, la ley y las instituciones judiciales alcanzan un fuerte arraigo y reconocimiento social como camino legítimo para concretar intereses y resolver conflictos colectivos, generándose el consenso y la valoración de las mismas, garantizando su estabilidad y eficacia". RUIZ, JOSÉ FABIÁN, "¿Por qué Prevalece el Estado de Derecho? Una aproximación comparada a las explicaciones Centradas en la Cultura de la legalidad", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (Fecha de consulta: 07 julio 2018), Disponible en: https://ac.els-cdn.com/S004186331371127X/1-s2.0-S004186331371127X-main.pdf?tid=691a769c-8a36-4eef-b771-f24865cad2d4&acdnt=1530568308_815d6ca551ff80147f9e4d94304ac6aa.

²⁶ "Un Estado Constitucional implica un estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. Esta delimitación puede ser útil para expresar la legitimidad constitucional de la desobediencia civil como garante y defensora de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, sin embargo, el Estado Constitucional especifica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado. En el desarrollo histórico del Estado de Derecho al Estado Constitucional, como expresa el profesor Antonio Enrique Pérez Luño, se produce un triple desplazamiento del sistema del ordenamiento jurídico: 1) El desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución; 2) El desplazamiento desde la reserva de la ley a la reserva de la Constitución; y, 3) El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad". AGUILERA PORTALES, RAFAEL ENRIQUE, "Estado Constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pág. 24, (Fecha de consulta: 09 de julio 2018). Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/3.pdf>.

Constitucional, que marca también el paso del *Estado liberal al Estado social de Derecho*²⁷, se refleja en la propia ordenación jurídica del Estado. La sustitución de la ley por la Constitución como fuente suprema del ordenamiento produce también una profunda reestructuración del sistema jurídico, lo que se sustituye no es un nombre por otro, pues la Constitución se establecería como producto del consenso fundamental de la sociedad y la ordenación global de la sociedad.

Es necesario concebir la Constitución misma, y al mismo tiempo, no sólo como norma fundamental de garantía, sino también como norma directiva fundamental a la que deben conformarse en sus acciones, en nombre de los valores constitucionales, todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados. Al efecto, la Constitución es un mecanismo encaminado a la protección de los derechos, sino también como gran norma directiva, que solidariamente compromete a todos en la obra dinámica de realización de los valores constitucionales. En consecuencia, es imperante establecer la reanudación del protagonismo de la Constitución como norma de garantía o como norma directiva fundamental, frente a la versión estatista del Estado de derecho que había dominado todo el liberalismo decimonónico. Por ello, la Constitución debe ser concebida como acto de fundación de los derechos y libertades, una verdadera norma jurídica, y no un mero manifiesto político – ideológico.

Tal cual refiere Fioravanti: *“Las constituciones que hoy tenemos proponen un modelo político en esencia diferente al Estado de derecho liberal del siglo*

²⁷ “Desde esta visión, podemos establecer una clara correspondencia o paralelismo entre el desarrollo histórico de las distintas transformaciones del Estado con la aparición progresiva de las distintas generaciones de derechos fundamentales. Al Estado liberal de derecho le corresponde la primera generación de derechos fundamentales que son los derechos civiles y políticos, derechos individuales descubiertos en las revoluciones liberales. El Estado Social de derecho expresa y encarna la conquista histórica de los derechos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales acaecidos durante la Revolución industrial. El Estado Constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación, expresa la última fase de derechos mucho más novedosos y plurales de nuestra sociedad contemporánea como son el derecho a la paz, el derecho medioambiental, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o la libertad informática, acaecidos durante la última revolución tecnológica o digital. Nos encontramos, por tanto, ante una nueva etapa evolutiva de desarrollo de los derechos humanos, de tercera generación que complementa las dos etapas anteriores de los derechos liberales individuales y derechos económicos, sociales y culturales”. AGUILERA PORTALES, RAFAEL ENRIQUE, “Estado Constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pág. 25, (Fecha de Consulta: 09 de julio 2018). Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/3.pdf>.

pasado... estas constituciones han reafirmando de nuevo el principio de soberanía popular contra la tradición decimonónica que lo había desterrado... Han retomado de nuevo la tradición revolucionaria de las Declaraciones de derechos, expandiendo su objeto hacia los derechos sociales que durante la revolución francesa habrían sido afirmados aunque de forma efímera...²⁸. En consecuencia, el constitucionalismo actual, no sería lo que es, sin los derechos fundamentales y sus garantías²⁹, de ahí que las normas que regulan los derechos fundamentales junto a ellas (nos referimos a las garantías), consagran la forma de Estado que plantea una sociedad.

²⁸ FIORAVANTI, MAURICIO, “*Los Derechos Fundamentales, Apuntes de historia de las constituciones*”, Editorial Trotta, 2003, Pág. 127.

²⁹ “*Las garantías son Instrumentos de protección de los derechos fundamentales, entre las cuales se encuentran las: Garantías Normativas, Garantías Jurisdiccionales, Garantías Institucionales*”. Véase en: PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., “*Los Derechos Fundamentales*”, Octava Edición, Tecnos, Madrid-España, 2004, Págs. 65-104.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA

1. LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS COMO DERECHOS SOCIALES

El aterrizaje de los derechos humanos nos llegó con el primer constitucionalismo, el clásico, a fines del siglo XVIII. No se los denominaba derechos “humanos”, pero desde las nominaciones de derechos individuales o de derechos públicos subjetivos dejaron la enseñanza de que eran propios de la persona humana y, oponible frente al Estado. De todos modos, la doctrina de la supremacía de la Constitución dejó entrever que, si los textos supremos contenían los derechos según las visiones de su época, los derechos se ubicaban en la cabecera del ordenamiento jurídico³⁰.

El constitucionalismo liberal clásico, sin incurrir en retrocesos, dio un paso adelante cuando recibió la añadidura de los derechos sociales con el constitucionalismo social, con la *Constitución Mexicana de Querétaro en 1917*³¹ y, dos años después, reformado con la *alemana de Weimar*³². Agregándose, más adelante, una relación horizontal: los derechos también son oponibles entre los particulares en sus relaciones *inter privatos*, con lo que la Constitución, que contiene los derechos, no sólo circunscribe su ámbito de aplicación a la relación entre el hombre y el Estado, sino que se extiende a la relación entre los particulares³³.

³⁰ CAMPOS BIDART, GERMÁN J, “*Panorama de los Derechos Humanos a fin de siglo*”, Véase en: revistas.pucp.edu.pe, “Balance y Perspectiva de los Derechos humanos desde este siglo próximo”, Pensamiento Constitucional VI N° 6, Pág. 97.

³¹ (Fecha de consulta: 06 julio 2018), Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf>

³² (Fecha de consulta: 06 julio 2018), Disponible en: <https://www.jsd.mx/index.php/recursos-clases/1262-constitucion-del-imperio-aleman-constitucion-de-weimar-de-1919>

³³ CAMPOS BIDART, GERMÁN J, “*Panorama de los Derechos Humanos a fin de siglo*”, Véase en: revistas.pucp.edu.pe, “Balance y Perspectiva de los Derechos humanos desde este siglo próximo”, Pensamiento Constitucional VI N° 6, Pág. 97.

Una tercera proyección se ha atisbado cuando se ha reconocido que además de la citada ambivalencia de los derechos ante el sujeto pasivo desdoblado en “Estado” y “particulares”, hay otra dualidad en la titularidad de los derechos por el sujeto activo, que no es únicamente el sujeto individual “persona física”, sino también, a su modo y en la medida de lo necesario para la protección de los derechos, las entidades colectivas, personas jurídicas, etc.³⁴

La cuarta dimensión extensiva, aparece cuando se desarrollaron los intereses difusos o colectivos. Se acumulan nuevos derechos civiles y políticos de la primera generación y a los derechos sociales de la segunda. Así, el derecho al ambiente sano, el derecho a la información y la comunicación, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho de los consumidores y usuarios, etc., surgen con una apertura susceptible de otros acrecimientos³⁵.

Ahora bien, los derechos económicos, sociales y culturales se vinculan a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana. Según el concepto tradicional, la realización de los derechos económicos, sociales y culturales no dependería, en general, de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes, lo cual, en general, ha de alcanzarse progresivamente y es materia de políticas públicas idóneas. Esta es una de las dificultades conceptuales que plantean los DESC³⁶, porque ellos envuelven derechos de “toda persona” que deben ser satisfechos y cuya violación debe ser tratada como un evento ilícito por el sistema judicial; pero también comprenden definiciones de políticas, de prioridades en el

³⁴ CAMPOS BIDART, GERMÁN J, “*Panorama de los Derechos Humanos a fin de siglo*”, Véase en: revistas.pucp.edu.pe, “Balance y Perspectiva de los Derechos humanos desde este siglo próximo”, Pensamiento Constitucional VI N° 6, Pág. 97.

³⁵ *Ibíd.*, Pág. 97

³⁶ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1996. Entrada en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27, (Fecha de consulta: 10 de julio 2018). Disponible en: <https://ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

gasto y de jerarquías de necesidades que podrían considerarse ajenas a la función jurisdiccional y resultar más bien propias del trajín democrático, de la participación política y de las luchas sociales. En las convenciones internacionales relativas a estos derechos se estipula algún tipo de vinculación entre su satisfacción y exigibilidad con “el máximo” de los “recursos disponibles” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)³⁷, lo cual, unido a la satisfacción progresiva pauta para los mismos, parecería circunscribir la naturaleza de las obligaciones estatales con respecto a ellos al logro de ciertas metas, ajustadas a lo sumo a las denominadas obligaciones de medio, de conducta o de comportamiento.

Conforme a nuestra Constitución, en el marco que nos atañe, los derechos de las familias se encuentran ubicados dentro en el catálogo de derechos fundamentales como derechos Sociales y Económicos³⁸.

2. LA FAMILIA EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

La Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁹, establece en su Artículo 17.1: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”. Los diversos instrumentos de protección de los derechos humanos, tanto regionales como internacionales coinciden en que la familia debe ser considerada un “elemento natural y fundamental” de la sociedad. Por ello prescriben su amplia protección mediante el reconocimiento de varios derechos: derecho a casarse y a fundar una familia, a la igualdad de derechos y

³⁷ Artículo 2.1. “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”. El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27, (Fecha de consulta: 07 julio 2018). Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

³⁸ Capítulo V, Sección VI, Artículos 62-66, Constitución Política del Estado de 2009.

³⁹ Suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Bolivia se adhiere mediante DS. N° 16575 el 13 de junio de 1979, elevado a rango de Ley N° 1430, promulgada el 11 de febrero de 1993. Depósito del instrumento de adhesión el 19 de julio de 1979. Véase en: “Compendio Normativo Instrumentos Internacionales contra la trata y tráfico de personas”, Ministerio de Gobierno, Viceministerio de Seguridad Ciudadana, Dirección General de Lucha contra la trata y tráfico de persona” Pág. 17.

deberes de los cónyuges como una manifestación del principio general de la igualdad del hombre y la mujer y, específicamente el derecho a la protección de la familia, la cual no debe sufrir injerencias arbitrarias⁴⁰.

El concepto de familia ha sufrido una notable evolución en el derecho internacional de los derechos humanos, desde una concepción más tradicional y restrictiva hacia nociones más abiertas y plurales. Debió adaptarse a lo largo de los años a las diversas circunstancias, contextos y realidades sociales⁴¹.

Para interpretar los múltiples sentidos de la institución “familia”, y asegurar su debida protección es fundamental tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, de forma coincidente con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁴².

Es así que nuestra Constitución recogiendo tales fundamentos, regula el ámbito familiar dentro del marco de la pluralidad, entendiendo que la familia como institución debe ser tutelada por el Estado, en sus diferentes formas, tales como familias nucleares, que comprenden el concepto tradicional de una familia, conformada por padres e hijos, las familias ampliadas que se extienden hasta otros miembros del núcleo familiar, y las familias monoparentales, que en nuestro contexto, por diversas razones, esto es, divorcios, separaciones, fallecimiento de alguno de sus miembros, no dejan de merecer la protección del Estado y constituirse también en familias⁴³.

⁴⁰ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Comentario Christian Steiner/Patricia Uribe (Editores), Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bolivia, Junio de 2014, Pág. 389.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cfr. Corte IDH. El Derecho a la información sobre la asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso legal. Opinión Consultiva oC 16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16, párr. 114 y Corte IDH, Caso la “Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C. N° 134, párrafo 106.

⁴³ En el Título II, Capítulo Quinto, Sección VI de la Constitución boliviana, se regulan: “Los Derechos de las Familias”, desarrollados a partir del artículo 62 al 66 de la referida Norma Suprema. Esta nomenclatura recogida por la Constitución vigente: “Derechos de las familias”, se establece para describir los derechos inherentes a los miembros del núcleo familiar. La misma, permite identificar que existen diferentes tipos de familias, los cuales se desarrollan en la doctrina en materia familiar, como: familia nuclear, familia ampliada y

Tal cual refiere Francisco Javier Díaz Revorio⁴⁴ aplicado perfectamente al contexto constitucional y normativo boliviano; *la familia es objeto también de protección en el ámbito internacional*, normativa que es parte de la regulación constitucional, dentro del marco del bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 410 de la Norma Suprema boliviana.

Al respecto, en primer lugar, puede mencionarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁵, cuyo artículo 16.1 establece: “*Los hombres y las mujeres a partir de edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en su caso de disolución del matrimonio*”. Se entiende en consecuencia, que el matrimonio como institución, se configura en una fuente esencial para la conformación de la familia. La misma norma añade en su apartado 3: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”.

Por lo demás, otros preceptos del mismo texto aluden a la protección de la familia. Así el artículo, que junto a la vida privada, protege a la familia, justo antes de citar el domicilio y la correspondencia contexto que nos ubica en el ámbito de la vida privada familiar o intimidad familiar; o el artículo 23.3 que reconoce el derecho a una remuneración por el trabajo capaz de asegurar una existencia conforme a la dignidad humana a la persona y a su familiar, el artículo 25, que reconoce a toda persona el derecho a “*un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud el bienestar*”. Por otro lado hay que hacer referencia a diversos

familia monoparental (estas últimas, conformadas por el padre y sus hijos o la madre y sus hijos, sea a causa de desvinculación conyugal o por fallecimiento de alguno de los progenitores)

⁴⁴ DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER, “*Estudios sobre Derechos y sus Garantías en el Sistema Constitucional Español y en Europa*”, Primera Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, Págs. 347-349.

⁴⁵ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de fecha 10 de diciembre de 1948. Véase en: “Compendio Normativo Instrumentos Internacionales contra la trata y tráfico de personas”, Ministerio de Gobierno, Viceministerio de Seguridad Ciudadana, Dirección General de Lucha contra la trata y tráfico de persona”, Pág. 5.

tratados que no sólo poseen eficacia interpretativa, sino que además forman parte de nuestro ordenamiento y son vinculantes para el Estado.

En este sentido hay que destacar, entre los diversos textos a tener en cuenta, el artículo 23 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁴⁶, que afirma que la familia “*es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”, así como otros preceptos del mismo cuerpo jurídico que se refieren a determinados ámbitos concretos de protección, tal es el caso del artículo 24.1 que dispone: “*Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*”.

Finalmente, corresponde mencionar a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989⁴⁷. Texto en el cual las relaciones familiares del niño, en particular con sus padres, cobran un papel fundamental, tal cual se prevé en el artículo 8, que reconoce el “*derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*”.

3. LA FAMILIA DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL

Siguiendo a Francisco Díaz Revorio⁴⁸, el matrimonio es una forma apta para construir una familia (entre otras), pero ni el matrimonio ni la familia son conceptos

⁴⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto, (Fecha de consulta: 07 julio 2018). Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

⁴⁷ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Puesta en vigor el 2 de septiembre de 1990. Ratificada por Bolivia mediante Ley N° 1152, Promulgada el 14 de mayo de 1990, Depósito del instrumento de ratificación el 26 de junio de 1990. Véase en: “Compendio Normativo Instrumentos Internacionales contra la trata y tráfico de personas”, Ministerio de Gobierno, Viceministerio de Seguridad Ciudadana, Dirección General de Lucha contra la trata y tráfico de persona”, Págs. 113 y sgtes.

⁴⁸ DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER, “*Estudios sobre Derechos y sus Garantías en el Sistema Constitucional Español y en Europa*”, Primera Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, Págs.352-353.

cerrados, sino que su significado evoluciona con el tiempo en función de los posibles cambios sociales.

Esta misma circunstancia hace imposible una definición constitucional de familia universalmente válida en el tiempo, pues la evolución social y cultural posterior podrían modificarla. Cualquier definición, en realidad, sería una especie de “foto fija” más o menos aproximada a la concepción social existente en cada momento. Sin embargo, ello no significa que deba desistirse en el intento de extraer los parámetros o pautas fundamentales que derivan de la Constitución y permiten aproximarse a la familia y establecer los criterios esenciales que deben regir el tratamiento que las normas y los órganos públicos deben o pueden dar a la institución familiar.

En términos estrictamente jurídicos, según Francisco Díaz Revorio, dichos parámetros podrían ser los siguientes:

- a) *El matrimonio es una vía adecuada para fundar o crear una familia*
- b) *La familia no puede vincularse exclusivamente al matrimonio. Al respecto, las uniones libres, que cumplen determinadas condiciones, son reconocidas en nuestra Constitución⁴⁹, como parte de los derechos de las familias.*
- c) *La familia presupone relaciones paterno-filiales, y quizá este tipo de parentesco constituye el núcleo y el supuesto más frecuente de la familia, pero esto no excluye otro tipo de relaciones que también son objeto de protección familiar, en especial entre otro tipo de ascendientes y descendientes, esto es relación entre abuelos y nietos dentro del ámbito familiar.*

⁴⁹ “Artículo 63.II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas”. Véase en la Constitución Política del Estado de 2009.

d) *El criterio de igualdad debe presidir todo el tratamiento jurídico de la familia. Esta igualdad no sólo actúa entre distintos tipos de familia, sino particularmente entre los distintos miembros de la familia (compatible con la especial protección de la niñez y adolescencia)*⁵⁰.

En consideración a ello, se deduce que el concepto de familia objeto de protección constitucional no se funda necesariamente en el matrimonio pero protege esta relación y otras análogas, incluyendo, de acuerdo a nuestra normativa, las “uniones libres”⁵¹. Así como relaciones de parentesco entre ascendientes, descendientes y colaterales, incluyendo las generadas a partir de la adopción. Aunque sea difícil precisar hasta qué grado de parentesco alcanza la protección constitucional de la familia, parece fuera de duda que incluye las que podrían considerarse parte de lo que se denomina “familia nuclear”, pero que se extiende en nuestro contexto social a las relaciones entre ascendientes y descendientes en cualquier grado, y en particular a la relaciones entre abuelos y nietos.

Sin embargo ello no excluye la consideración de otros elementos que en la doctrina a veces ha apuntado como factores presentes en el concepto de familia, como la relación de afectividad y la convivencia entre sus miembros, habitualmente en un mismo domicilio, lo cual no puede sustituir o suplantar el vínculo de parentesco o conyugal que está en base de la relación familiar, lo que implica que las relaciones familiares basadas en el parentesco en los términos recién apuntados, aunque habitualmente basadas en el parentesco en los términos apuntados, aunque habitualmente vienen acompañadas de una relación afectiva con características propias, y de un mayor o menor grado de convivencia se protegen en todo caso y con independencia de la existencia o no de esos elementos.

⁵⁰ DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER, “Estudios sobre Derechos y sus Garantías en el Sistema Constitucional Español y en Europa”, Primera Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, Págs. 352-353.

⁵¹ “Artículo 63.II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas”. Constitución Política del Estado de 2009.

No obstante, la relación de convivencia o afectividad puede ser relevante en diversos aspectos, tanto para ampliar la protección de la institución familiar, en ciertos casos, a otras relaciones (por ejemplo, otros parientes como sobrinos que puedan convivir con la familia, o en situaciones de mero acogimiento que en algún aspecto puedan merecer protección jurídica), como para modular las consecuencias jurídicas de la misma cuando falta alguno o ambos de los elementos citados (convivencia y afectividad), sobre todo en supuestos de conflicto o ruptura de la relación fundante de la familia.

Ahora bien, la Constitución boliviana, en primera instancia, reconoce a las familias como núcleo fundamental de la sociedad⁵²; garantizando asimismo, igualdad de derechos y obligaciones para todos sus integrantes. Ratifica como fuente elemental de éstas al matrimonio así como a las uniones libres o de hecho, entre un hombre y una mujer⁵³. Previendo, una especial protección a favor de las niñas, niños y adolescentes en cuanto a su derecho a la asistencia para su mantenimiento, educación y formación integral, así como su derecho a la identidad⁵⁴.

De lo expuesto, se esgrime que la Constitución reconoce a la familia tradicional, que incluye el matrimonio y sus hijos (familia nuclear), incluyéndose al concepto de familia, formas habituales en la sociedad que deben recibir un tratamiento igual a las fundadas en el matrimonio. Que puede extenderse a otros miembros del ámbito familiar, dando lugar a las familias ampliadas.

⁵² “Artículo 62. El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades”. Constitución Política del Estado de 2009.

⁵³ “Artículo 63. I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas”. Constitución Política del Estado de 2009.

⁵⁴ “Artículo 64. I. Los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad. II. El Estado protegerá y asistirá a quienes sean responsables de las familias en el ejercicio de sus obligaciones”. “Artículo 65. En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación”. Constitución Política del Estado de 2009.

Por otro lado, la presunción de filiación, prevista en el artículo 65 permite deducir el reconocimiento de familias monoparentales. Cuya conformación no sólo comprende el padre y sus hijos o la madre y sus hijos por razones de rompimiento del vínculo conyugal, sino por diversas razones, muy frecuentes actualmente, tal es el caso de la decisión personal de procrear descendencia sin contraer matrimonio, conformar una unión libre o de hecho o, finalmente suscitarse el fallecimiento de cualquiera de los progenitores. Lo cual no exime al Estado de cumplir con su obligación de garantizar el ejercicio de los derechos de sus miembros.

En esa lógica, y considerando siempre las diversas circunstancias que dan lugar a definir varios tipos de familias, también podemos mencionar a las “familias cruzadas”, en las que los hijos de una persona conviven habitualmente con su anterior cónyuge o persona con la que estuvo unida por análoga relación y con la pareja actual de éste.

En tales casos, es obvio que el ordenamiento debe siempre proteger la relación entre cada progenitor y sus hijos, pero no cabe descartar que la convivencia y el afecto justifiquen cierta protección de la nueva “vida familiar” que incluye la relación entre un miembro de una pareja y los hijos del otro.

4. LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA Y SU PROTECCIÓN

La Constitución boliviana de 2009 reconoce expresamente a los *derechos de las familias como derechos fundamentales*. Esta precisión de orden constitucional “*construye al legislador a desarrollar mecanismos de garantía (protección) en el sistema jurídico vigente para el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales de todos los miembros del núcleo familiar, como parte de éste y en el marco de sus relaciones internas*”. Al respecto, el artículo 13 de la Norma Suprema refiere: “*I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son*

*inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. **El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos***". (Las negrillas nos corresponden). Aspecto que nos permite resaltar en el presente acápite, la importancia del reconocimiento constitucional señalado, de los Derechos de las Familias como Derechos Fundamentales. En esa línea, la protección de la familia⁵⁵ se configura constitucionalmente en un principio rector de la política social y económica. *"Lo que implica... que todos los órganos públicos, y especialmente el legislador y el órgano ejecutivo, están obligados a efectivizar dicha protección"*⁵⁶. Por esto, las *medidas de protección* de las familias (vale decir, la garantía del ejercicio de los derechos de los miembros del núcleo familiar), se configuran en un imperativo constitucional⁵⁷.

Partiendo de ello, es necesario aclarar que, si bien los Derechos de las Familias, desarrollados desde el artículo 62 al 66 del Texto Constitucional boliviano, describen expresamente: el derecho al matrimonio, a la unión libre, a la asistencia familiar, a la presunción de filiación y a los derechos sexuales y reproductivos. El ámbito de protección constitucional de las relaciones familiares no se reduce únicamente a ello, toda vez que el artículo 62 de la Norma Suprema, claramente refiere: **"El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen**

⁵⁵ *"La familia es una agrupación social de personas que se encuentran unidas por lazos de sangre o por lazos que crea la ley, como es el caso de la adopción"*⁵⁵. Desde el enfoque sociológico la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual de la procreación y del parentesco... El vínculo jurídico familiar es la relación que existe entre dos individuos, derivado de la unión matrimonial, de la filiación, o del parentesco, y en virtud del cual existen de manera interdependiente y habitualmente recíproca determinados derechos subjetivos que, entonces, pueden considerarse como derechos subjetivos familiares (p.ej., el derecho a la asistencia familiar). A su vez, estos derechos asumen en muchos casos, la característica de derechos-deberes; entre otros, el conjunto de facultades que los padres tienen como titulares de la autoridad respecto de la persona y los bienes de sus hijos menores, que han sido establecidos no sólo en razón de un interés propio de los progenitores, sino también, y primordialmente, para la satisfacción de intereses propios del hijo, su mejor educación, el cuidado de su salud, su formación personal, etcétera". Véase en: BOSSERT, GUSTAVO A. Y ZANNONI, EDUARDO A., "Manual de Derecho de Familia", 6ta edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 2004, Págs. 5-8:

⁵⁶ DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER, "Estudios sobre Derechos y sus Garantías en el Sistema Constitucional Español y en Europa", Primera Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, Pág. 355

⁵⁷ "Artículo 62. El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades". Véase en la Constitución Política del Estado de 2009.

igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades". (Las negrillas nos corresponden)

La garantía de las *condiciones sociales* necesarias, a las que hace referencia la norma citada, obligan al Estado a proteger los derechos constitucionales de cada uno de los miembros del núcleo familiar, como individuos, a efectos de propiciar el desarrollo de la familia en su integridad. Toda vez que no es posible alcanzar el desarrollo integral de una familia, cuando los derechos fundamentales de alguno de sus miembros resulta ser transgredido o vulnerado, en el marco de las relaciones familiares, por la conducta de otro de sus integrantes.

En esa misma línea, el artículo 62 de la Constitución establece que "*todos los integrantes del núcleo familiar, tienen igualdad de derechos*", esto es, cada miembro de la familia, tiene los mismos derechos que el resto de sus integrantes, de acuerdo al rol que deben cumplir, sin ningún tipo de distinción o discriminación por razones de sexo o edad. De lo cual se infiere que *el ejercicio de los derechos de los hijos no puede ser soslayado o considerado inferior, frente a los derechos de los padres o progenitores dentro del núcleo familiar y como parte integrante de éste*. Por lo tanto, en la norma de referencia, la Constitución boliviana protege al individuo, garantizando todos sus derechos constitucionales en el marco de sus "relaciones familiares".

En esa lógica, el ámbito de alcance y protección de los Derechos de las Familias previstos en la Constitución en relación a los hijos como parte integrante del núcleo familiar, implica el derecho de éstos, también a la *relación parental* con sus padres y el derecho al *respeto a su integridad*. Ello en función a lo siguiente:

El Artículo 58 del Texto Constitucional prevé: "*Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. **Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución**, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la*

satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones". (Las negrillas nos corresponden). De acuerdo a la norma constitucional de referencia, se otorga a las niñas, niños y adolescentes la condición de "Sujetos de Derechos", aquéllos inherentes a su proceso de desarrollo, satisfacción de necesidades, intereses y aspiraciones. Esto es, las niñas, niños y adolescentes tienen derechos pasibles a ser exigidos y a ser reparados en caso de vulneración.

El Artículo 59.I de la Constitución, señala: "*Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a su desarrollo integral*⁵⁸". Al respecto, resulta imperante establecer que el desarrollo integral de una niña, niño o adolescente, no se consolida únicamente con su manutención, en consecuencia, para efectivizar el desarrollo integral de la persona en desarrollo, deberá considerarse la satisfacción de todas sus necesidades de acuerdo a la etapa de crecimiento en la que se encuentra, una de éstas es precisamente la necesidad que tienen a la *relación parental* con sus padres, entendiendo a ésta como un derecho fundamental de los hijos, tal cual se señaló precedentemente.

En esa misma línea, la Convención de los Derechos del Niño⁵⁹ en el artículo 9 determina: "*3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto*

⁵⁸ "El desarrollo del niño se inscribe dentro del concepto más amplio de desarrollo humano. Si bien este último alude generalmente a la población como conjunto, no es menos cierto que este concepto lleva implícito el desarrollo individual del ser humano. Este es un proceso continuo, dinámico, de etapas sucesivas, tendiente a una mayor diferenciación e integración de las funciones a lo largo de la vida... El desarrollo se inscribe como parte integral de la salud de niño dentro del concepto de crianza y sustentado en la construcción social de la salud... Entendemos al desarrollo del niño como producto continuo de los procesos biológicos, psicológicos y situacionales cada vez más complejas, en los cuales las estructuras logradas son la base necesaria de las subsiguientes. Estos procesos están determinados por la información genética, así como por la acción del ambiente y la interacción entre ambos. La particularidad del desarrollo es lo que permite que el niño pueda adquirir en el proceso de humanización habilidades culturalmente aceptadas par desempeñarse en forma adecuada en su contexto. Por otra parte, su estado de salud, nutrición, su familia, y el contexto social condicionan el desarrollo del niño. El desarrollo es producto de la interacción del niño con sus ambientes inmediatos, también denominado microsistema; de las conexiones entre los elementos de ese microsistema (familia, escuela, etc.) y de los escenarios sociales que lo afectan. En este sentido es útil identificar los factores de riesgo individuales (bajo peso, desnutrición, crisis familiares, etc.) y comunitarios (saneamiento ambiental, violencia, pobreza, etc.). Desde esta visión del desarrollo, no solamente la madre adquiere particular importancia como integrante de la díada primaria, sino que también la tiene el padre, los abuelos, los hermanos, los pares, los adultos próximos...". ABEYA GILARDON, ENRIQUE, DEL PINTO, MARIANA, DI CANDIA, ALICIA, FANO, VIRGINIA, KRUPITZKY, FERNÁNDEZ, MARÍA ISABEL y ORAZI, VIRGINIA, "*El desarrollo del niño, Una definición para la reflexión y la acción*", Comité Nacional de Crecimiento y desarrollo, Agosto 2004, Buenos Aires – Argentina, (Fecha de consulta: 07 julio 2018). Disponible en: www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0325-00752004000400014.

⁵⁹ Véase en: "Compendio Normativo Instrumentos Internacionales contra la trata y tráfico de personas", Ministerio de Gobierno, Viceministerio de Seguridad Ciudadana, Dirección General de Lucha contra la trata y tráfico de persona" Pág. 117.

directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". Quedando claro que los hijos tienen el derecho fundamental a mantener relación parental con sus padres.

El Artículo 60 de la Constitución establece: *"Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado"*. En consecuencia, en el marco del interés superior⁶⁰ que los protege, corresponde garantizar con prioridad los derechos de los hijos como parte del núcleo familiar, generar los mecanismos jurídicos pertinentes para ello, así como efectivizar una asistencia especializada a su favor en caso de afectación a su *integridad*.

Finalmente, el artículo 61.I del texto Constitucional prevé: *"Se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad"*. Protegiéndose en consecuencia su integridad física, psicológica y sexual, también dentro del núcleo familiar.

⁶⁰ "En la Convención de Ginebra de 1924, se consagran por vez primera, en el ámbito internacional, los derechos de los niños y niñas, estableciéndose la obligación de darles lo mejor con la frase "primero los niños"; posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se determina implícitamente los derechos de los niños como fuente de todos los derechos de la humanidad. Más adelante, en el año 1959 se aprobó, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos de los niños y niñas, en donde se disponía que el interés superior es el principio rector para orientar a los padres, madres, tutoras, tutores o responsables, sobre en relación con todo aquello que le sea más favorable al niño o niña, quien tiene el pleno derecho de gozar de una protección mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad, estableciendo la obligación de promulgar leyes superior de los niños y niñas. En igual sentido se han pronunciado los Pactos Internacionales Civiles y Políticos (art. 24.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.3), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 19), hasta llegar a la Convención sobre los derechos de los Niños (art. 3), de los cuales se desprende la obligación de regular internamente el principio de interés superior de los niños y niñas. La Convención sobre los Derechos de los niños y niñas fue la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. Con esta normativa internacional se pretende proteger y salvaguardar todos y cada uno de los derechos humanos de los niños y niñas, con base en la visión del interés de los niños, niñas o adolescentes sobre cualquier otro tipo de interés, incluyendo a cualquier sujeto adulto... El interés superior de los niños y niñas es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia. Se encuentra establecido de manera fundamental en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos de los niños y niñas. Se puede definir como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña. En otras palabras, se puede indicar que hace referencia al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir". LÓPEZ CONTRERAS, RONY EULALIO, (2015), *"Interés Superior de los niños y niñas: Definición y contenido"*, Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1), Págs. 53-55, (Fecha de Publicación: 07 julio 2018). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>

Conforme a lo descrito, se entiende como parte de los derechos de las familias, inherentes a los hijos, los derechos a la *relación parental* con sus padres y el derecho *al respeto a su integridad*. En esa línea, como bien se fundamentará más adelante, la Alienación Parental, resultado de un conflicto familiar entre los padres, por desvinculación conyugal, no sólo transgrede el derecho a la relación parental de los hijos con alguno de sus progenitores, sino que además afecta su integridad psíquica, sin que la norma de desarrollo constitucional, prevea mecanismos que permitan la reparación del daño ocasionado.

5. RELACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN FAMILIAR CONSTITUCIONAL, CON LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Del análisis de la Constitución vemos que dentro de la totalidad de personas cuya protección del Estado se configura en un mandato relevante, el constituyente ha señalado a cuatro grupos “en particular” que se vinculan al ámbito familiar; hablamos pues, de las mujeres, niños, adultos mayores y personas con discapacidad⁶¹. Al respecto, se trata de asumir que, por diversidad de causas, algunas hasta por aspectos de carácter valorativo errados de épocas pretéritas sobre estos grupos existe una obligación de exigir en cada una de sus peculiares y situaciones familiares se tome muy en cuenta lo que por el grado de vulnerabilidad a la que han sido sometidos, no se les permitió ejercer, en orden a sus derechos igualitarios en oportunidades y trato dentro de su familias. Estos cuatro grupos humanos en nuestra realidad y pese a los avances de rango constitucional, todavía son propensos y sensibles a no ser debidamente priorizados por las políticas públicas y la legislación, mucho más cuando hablamos de ellos, en el marco de sus relaciones “internas”.

⁶¹ En relación a las Mujeres, “Artículo 15. Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad. III.El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado”. En relación a las Niñas, Niños y Adolescentes, los Artículos del 58 al 61. En relación a las Personas Adultas Mayores, los Artículos del 67 al 69. En relación a Personas con Discapacidad, los Artículos del 70 al 72, todas normas de la Constitución Política del Estado de 2009.

Ahora bien, al margen de los parámetros constitucionales, y hablando específicamente de la población que nos interesa estudiar, como parte del entorno familiar, esto es: las niñas, niños y adolescentes; el marco general de su protección también se desarrolla en la normativa internacional, que conforme prevé el artículo 410.II de la Norma Suprema, forma parte del *bloque de constitucionalidad*⁶², y que por mandato del artículo constitucional 256, resultan ser derechos de aplicación preferente, cuando regulan derechos más favorables a los previstos en la Norma Suprema.

En esa línea se encuentra la “*Convención de los Derechos del Niño*”⁶³, donde claramente se establece que el derecho de protección a la familia tiene una intrínseca relación con los Artículos 17⁶⁴ y 19⁶⁵ (Derechos del Niño) de la “*Convención Americana de los Derechos Humanos*”. En este sentido, las niñas y niños son titulares de los derechos establecidos por la “*Convención Americana de los Derechos Humanos*”, además de contar con medidas especiales de protección

⁶² “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución. Se afirma que éstos son “verdaderos principios y reglas de valor constitucional”, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”. MEZA HURTADO, ARTEMIO DANIEL, “El denominado Bloque de Constitucionalidad como parámetro de Interpretación Constitucional, ¿Es Necesario en el Perú?”, (Fecha de consulta: 05 julio 2018). Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurtado.pdf?MOD=AJPERES>. “Se entiende por Bloque de Constitucionalidad: “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”. ARANGO OLAYA, MÓNICA, “El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, (Fecha de consulta: 05 julio 2018). Disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/CIC-marango-bloque.pdf>.

⁶³ Véase en: “Compendio Normativo Instrumentos Internacionales contra la trata y tráfico de personas”, Ministerio de Gobierno, Viceministerio de Seguridad Ciudadana, Dirección General de Lucha contra la trata y tráfico de persona” Págs. 113 y sgtes.

⁶⁴ “Artículo 17. Protección a la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”, Véase en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Compendio Normativo Instrumentos Internacionales contra la trata y tráfico de personas”, Ministerio de Gobierno, Viceministerio de Seguridad Ciudadana, Dirección General de Lucha contra la trata y tráfico de persona” Pág. 17.

⁶⁵ “Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Véase en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Compendio Normativo Instrumentos Internacionales contra la trata y tráfico de personas”, Ministerio de Gobierno, Viceministerio de Seguridad Ciudadana, Dirección General de Lucha contra la trata y tráfico de persona” Pág. 17.

(artículo 19), las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares del caso concreto.

Asimismo, el derecho del niño a la “protección, cuidado y ayuda especial” es reconocido por la *Declaración de los Derechos Humanos*, por la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, por la *Convención Americana de Derechos Humanos*, y por todos aquellos instrumentos internacionales específicos relativos a la niñez, en particular; así como por la *Convención de los Derechos del Niño*. Desarrollándose la protección debida por parte del Estado a la familia y al niño, en íntima vinculación⁶⁶.

En la práctica, las medidas que se imponen para la “protección” a la familia y al niño resultan ser interdependientes o cuando menos cuando se trata del ejercicio de derechos, una depende de la otra. *Si los derechos son plenamente ejercitados en el núcleo familiar por todos sus integrantes; los niños y adolescentes como miembros de ésta, estarán siendo amparados plenamente también en la efectivización de sus derechos constitucionales.* Esto debido a que, es en la etapa de crecimiento y maduración de la persona, en la cual la niñez y adolescencia, dentro del núcleo familiar, requiere no sólo de amparo y sustento, que cubra todas sus necesidades para efectivizar sus derechos, sino además de una suerte de dirección y orientación en el marco de valores y principios que más adelante serán aplicados en su relacionamiento con la sociedad.

La protección de la niñez y adolescencia dentro del núcleo familiar, implicará conjuntamente con el ejercicio pleno de todos sus derechos en el marco de las relaciones intrafamiliares, la efectivización de su desarrollo integral, como miembros del entorno familiar (sujetos de derechos) y el respeto por su *Interés*

⁶⁶ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bolivia, junio de 2014, Págs. 409, 410.

Superior, previsto en nuestra Constitución en el Artículo 60 que establece: “Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado”. En esa línea, si bien la protección al niño debe estudiarse desde el punto de vista jurídico, no cabe desconocer que esta esfera está estrechamente conectada con la humana: “Todo menor, es ante todo, persona, en su acepción más esencial y trascendente; y no sólo en su dimensión jurídica (Titular de Derechos) sino también en su dimensión humana (Ser que siente y piensa). Además, es una realidad humana en devenir, porque para él es tanto o más importante este devenir (su futuro), como resultado de su realidad actual. Si todo, y toda persona, cambia con el transcurso del tiempo, ello es más notorio y, sobre todo, más importante en el niño, para el que cada día que vive y pasa se aproxima más a dejar de serlo, para alcanzar su mayoría de edad y plenitud jurídica que aspira”⁶⁷.

En términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Convención, el interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño⁶⁸.

En ese marco, en la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la condición jurídica y derechos humanos del Niño, se ha establecido: “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño

⁶⁷ HERNÁNDEZ RIVERO, FRANCISCO, “*El Interés del menor*”, Editorial Dykinson, 2007, Pág. 159.

⁶⁸ Tesis Aislada Núm.: CXXI/2007. Corte Suprema de Justicia. – Primera Sala. Amparo directo en revisión 908/2006. Julio 2007, Pág. 265. México.

se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño... A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos...”⁶⁹. Asimismo, entre algunos de los puntos que alcanza esta opinión vale la pena resaltar el siguiente: “La familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo”.

Desde tal perspectiva, es necesario establecer que los derechos inherentes a la niñez se efectivizan, en primera instancia, en el núcleo familiar, dependiendo directamente de su relacionamiento con los demás integrantes de éste. De las relaciones desarrolladas en el entorno familiar, el individuo formará su conducta, lo cual se constituirá en una determinante para su relacionamiento con el mundo ajeno al núcleo familiar. Por ello, en el caso específico de los derechos de las familias, el Estado se encuentra constreñido a otorgar a cada familia la garantía efectiva para el cumplimiento de los derechos de todos sus miembros.

Ahora bien, la protección señalada se extiende, no sólo a las familias en las cuales el vínculo matrimonial o de unión libre persiste, sino también cuando el mismo resulte ser disuelto de forma voluntaria por los padres, particularmente en los casos en los que, como resultado de la unión, se haya procreado o adoptado hijos. En tal contexto, el Estado también se encuentra obligado a precautelar los derechos de la niñez y adolescencia, como miembros del núcleo familiar de forma igualitaria al resto de sus integrantes, aún cuando el vínculo matrimonial o de

⁶⁹ Disponible en www.iin.oea.org.

unión libre de sus padres haya sido quebrado, entendiendo que tal circunstancia, no debe implicar la vulneración del derecho del niño de contar con una familia y obtener el disfrute pleno de su derecho a relacionarse con sus miembros, más aún cuando esta relación involucra a sus progenitores o padres. Esto, a efectos de proteger de manera igualitaria tanto los derechos de los progenitores o padres, que en el marco de su libre determinación, deciden voluntariamente el rompimiento de su vínculo matrimonial o de unión libre; como el de los hijos, que tienen derecho, a pesar de ello, a formarse en un entorno familiar saludable que viabilice su desarrollo integral, libre de cualquier tipo de violencia o quiebre de sus relaciones materno/paterno filiales.

En consecuencia, resulta casi redundante advertir que la instalación de la niñez en una sociedad democrática prolonga requerimientos en materia de educación, de salud, de alimentación, de vivienda, de seguridad social, de cobertura al amparo familiar, de protección contra la explotación laboral y sexual o de cualquier otra clase, y que allí también se juegan derechos humanos tanto en las relaciones de familia como en su expansión hacia las extrafamiliares. De ahí la vinculación directa de los derechos de las familias con los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

CAPÍTULO TERCERO

LA ALIENACIÓN PARENTAL COMO CONDUCTA VULNERADORA DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS

1. QUIEBRE DE LA CONVIVENCIA MATERNO O PATERNO FILIAL Y LOS DERECHOS DE LOS HIJOS

La familia representa y seguirá representando la base primordial para el desarrollo del ser humano. Sin embargo, en la actualidad se manifiesta una crisis evidente de la institución familiar que se advierte que recae en la figura del matrimonio y todo lo que de ésta deriva; es decir, las repercusiones jurídicas, personales, económicas y sociales del conflicto familiar ante una ruptura de pareja, se agravan de manera exponencial cuando la pareja que rompe su vínculo tiene hijos menores de edad y soslaya los derechos constitucionales que amparan a éstos.

Ello constituye focos o luces que marcan una llamada de atención para la promoción de una prioridad pública y social que apoye la unidad y/o estabilidad familiar y por ende, un buen desarrollo del ser humano⁷⁰, aspecto que probablemente como Estado se ha dejado de lado también en nuestro contexto, dando prioridad a la dinámica familiar, garantizando la autodeterminación de los cónyuges al momento de decidir la desvinculación del matrimonio o separación de la unión libre sin necesidad de alegar una causal específica, pero, olvidando las repercusiones o efectos que generan la ruptura, para los hijos.

En esa línea, cabe reiterar que las familias constituyen el núcleo fundamental dentro de la sociedad y su fuente más importante, siguen siendo los institutos del Matrimonio y la Unión Libre, hoy en día constitucionalizados y protegidos por el Estado. La Constitución boliviana ha establecido que los hijos dentro del núcleo

⁷⁰ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, “*Alienación Parental*”, Primera edición, diciembre de 2011, México, Pág. 10.

familiar tienen los mismos derechos que los demás miembros de las familias⁷¹. Al efecto, gozan paralelamente de las mismas garantías para el ejercicio de sus derechos. Entendiéndose que la falta de protección normativa específica en relación a ellos, implicaría una desigualdad de trato evidente que debe ser considerada por el legislador para generar los mecanismos jurídicos pertinentes que permitan una efectiva garantía para el cumplimiento o reparación de los derechos de los hijos en casos de vulneración.

Ahora bien, tal cual se refirió antes, el modelo tradicional de lo que conocemos por “familia” en los últimos años ciertamente ha sufrido grandes cambios, tanto en sus estructuras como en sus interacciones, existiendo hoy en día, diferentes tipos de familias que el Estado en función a la Constitución no sólo reconoce, sino también se ve constreñido a proteger. Actualmente en nuestra sociedad diariamente se experimentan separaciones y divorcios, por lo que, es muy común ver la existencia de las llamadas familias monoparentales; que hacen necesaria la creación de instrumentos normativos sujetos al marco constitucional, que permitan no sólo reconocer a este tipo de familias en el texto normativo, sino además de ello, garantizar el derecho de todos sus miembros, en igualdad de condiciones y maximizando los instrumentos de protección en relación a los hijos, tal cual se expuso en líneas precedentes.

Desde tal perspectiva, si bien el divorcio representa el fin de la relación entre los cónyuges, de ninguna manera ello debe entenderse como el fin de la familia⁷², esto es, los miembros de la familia donde se ha generado una ruptura, deberán asimilar más bien una nueva dinámica en la forma de organizarse. La redefinición de conceptos en tal coyuntura, es importante, y si es, con miras a salvaguardar el

⁷¹ Artículo 62 de la Constitución Política del Estado de 2009.

⁷² “En la novela *El espejo de los mediadores*, se refleja una constante a través de su protagonista, María, al expresar que no entiende por qué “matrimonio y familia van siempre unidos”, en donde se puede interpretar que aún con la ruptura de un vínculo matrimonial, un vínculo afectivo, no debiera realizarse, como una consecuencia o inercia invariable, la ruptura con el vínculo familiar que va más allá de la pareja”. Véase en: SUARES, MARINÉS, Editorial Paidós, Buenos Aires-Argentina, 2009.

bienestar de la niñez, es aún más relevante comprender que la ruptura conyugal, de ninguna manera implica la negación del derecho a la familia que tienen los hijos.

La autoridad de los padres, como instituto dentro del derecho familiar, implica ese conjunto de derechos y obligaciones de éstos hacia los hijos, que en casos de ruptura conyugal debe ejercerse de manera conjunta. Por el contrario, la guarda o tenencia, se puede definir a favor de uno de los padres o progenitores, garantizándose en todo caso, el desarrollo integral y bienestar del hijo⁷³.

Tal cual se ha diseñado en la legislación boliviana, la autoridad competente para definir la guarda de los hijos y los efectos jurídicos traducidos en las obligaciones de orden asistencial a favor de éstos, es el Juez Público en materia Familiar, estableciéndose regulación expresa sobre ello, sin considerar, más allá de la determinación de la tenencia, asistencia y días de visita⁷⁴; los efectos emergentes de la desvinculación para los hijos, que no necesariamente tienen relación con el ámbito asistencial.

Esto por ejemplo, cuando a partir de la ruptura, los propios padres o progenitores que tienen la tenencia, niegan sin justificación la relación materno/paterno filial del hijo con el ex cónyuge, ejerciendo un tipo de violencia que finalmente afecta el desarrollo integral y vulnera los derechos de los hijos como parte del núcleo

⁷³ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, “*Alienación Parental*”, Primera edición, diciembre de 2011, México, Pág. 17.

⁷⁴ Artículo 212. (*Separación Personal y Situación de las Hijas o Hijos*). I. Con o sin contestación a la demanda, y si no existe acuerdo regulador, la autoridad judicial decretará la separación personal de los cónyuges, si aún no están separados de hecho, y otorgará en su caso las garantías y seguridades que sean necesarias. II. La autoridad judicial determinará la situación circunstancial de las y los hijos, teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos. Las convenciones que celebren o las proposiciones que hagan los padres pueden aceptarse, siempre que se observe el interés superior de las y los hijos. III. Las y los hijos menores quedarán en poder de la madre o del padre que ofrezca mayores garantías para el cuidado, interés moral y material de éstos, debiendo el otro cónyuge contribuir a la manutención de los mismos en la forma que la autoridad judicial determine. La guarda de las y los hijos puede ser confiada a otras personas conforme a las previsiones del Código Niña, Niño y Adolescente. IV. La autoridad judicial puede dictar en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, las resoluciones modificatorias que requiera el interés de las y los hijos. V. Si de los antecedentes la autoridad judicial identificara la existencia de indicios de tentativa, complicidad o instigación al delito de uno de los cónyuges contra la vida o la integridad física, psicológica, libertad sexual, trata y tráfico de la otra u otro cónyuge, sus descendientes, ascendientes o parientes colaterales hasta el cuarto grado, deberá disponer las medidas necesarias de protección a la demandante o demandado y sus hijas o hijos”. Código de las Familias y del Proceso Familiar, Ley N° 603 de 19 de noviembre de 2014.

familiar, generándose la llamada “alienación parental”, sin que la norma establezca nada al respecto.

La legislación boliviana prevé la posibilidad de la ruptura del vínculo matrimonial o de la unión libre, generándose incluso mecanismos de agilización en los procedimientos, a efectos de que la pareja pueda acceder a la desvinculación incluso en la vía notarial⁷⁵. Ciertamente la norma regula la posibilidad de que en determinado momento, cualquiera de los miembros de la pareja o ambos, decidan desvincularse estableciendo tan solo la inexistencia del proyecto de vida en común; sin embargo, en tal contexto, se extraña regulación que garantice los derechos de los hijos, cuando emergente de la desvinculación o divorcio, se ven afectados por la conducta de sus progenitores o padres, impidiendo el derecho a su relación materno/paterno filial tanto con la madre como con el padre, afectando su formación dentro de un ambiente sano que permita su desarrollo integral. Estos efectos, pese al mandato constitucional de igualdad de derechos de todos los miembros del núcleo familiar previsto en el Artículo 62 de la Norma Suprema, no son considerados por la normativa de desarrollo.

Vale decir, la garantía normativa, y por lo tanto, la jurisdiccional son prácticamente inexistentes en estos casos, vulnerándose el ejercicio de los derechos de los hijos como miembros del núcleo familiar, sin prever ningún mecanismo jurídico constitucional que propicie su reparación inmediata, en el marco del interés superior de toda niña, niño o adolescente afectado.

⁷⁵Artículo 94.- (Procedencia) El divorcio notarial procederá cuando: a) Exista consentimiento y mutuo acuerdo entre los cónyuges sobre la disolución del matrimonio; b) No existan hijos producto de ambos cónyuges; c) No existan bienes comunes o gananciales sujetos a registro; d) No exista pretensión de asistencia familiar por ninguno de los cónyuges”. Ley del Notariado Plurinacional, Ley N° 483 de 25 de enero de 2014.

2. ALIENACIÓN PARENTAL

Ahora bien, para comprender la magnitud de la conducta de los progenitores o padres, una vez suscitada la ruptura de vínculo conyugal, y sus efectos para con los hijos, conviene desentrañar en qué consiste el llamado “Síndrome de Alienación Parental”, estudiado por Richard Gardner, quien identificó a éste como un trastorno en los hijos.

Al respecto el Diccionario de la Real Academia Española define el término de Síndrome como “conjunto de síntomas característicos de una enfermedad”⁷⁶. La palabra “Alienación” es definida como un “proceso mediante el cual un individuo o una colectividad transforman la conciencia hasta hacerla contradictoria con lo que debía esperarse de su condición”⁷⁷; “estado mental caracterizado por una pérdida del sentimiento de la propia identidad”⁷⁸.

Richard Gardner⁷⁹ en 1985 lo define como “un desorden que aflora en el contexto de disputas litigiosas de custodia de niños, en especial cuando la disputa es prolongada y agria. Hay tres tipos de síndromes de alienación parental, el diagnóstico diferencial de los cuales es crucial para tratar adecuadamente el trastorno”⁸⁰. Los tres tipos de síndromes a los que se refiere son: ligero, moderado y severo, con manifestaciones sintomáticas de diferentes intensidades. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento de uno de los padres y de la propia contribución del hijo a la denigración del padre rechazado⁸¹.

⁷⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, XXII Edición, Madrid, 2001.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Profesor de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia.

⁸⁰ GARDNER, RICHARD A., Recent Trends in Divorce and Custody Litigation, y su larga numeración de contribuciones al respecto, entre las que citamos a modo de ejemplo las siguientes: Child Custody Litigation: A Guide for Parents and Mental Health Professionals, The Parental Alienation Syndrome and the Differentiation between False and Genuine Child Sex Abuse. Véase www.rgardner.com.

⁸¹ SEGURA, C, GIL. MJ. Y SEPÚLVEDA MA., “El Síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil”, 2006, Pág. 120.

En España⁸², Aguilar Cuenca expresa que la Alienación Parental, es *“un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición”*⁸³. El mismo autor expresa, en relación con la importancia que se le debe dar al Síndrome, *“que su... motivación está en dar a conocer el cada vez mayor número de procesos en los que un progenitor, habitualmente el que detenta la guarda y custodia, predispone mediante distintas estrategias a sus hijos contra el otro progenitor, de tal suerte que lo que inicialmente eran sus expresiones, opiniones y relato de hechos negativos son asumidos por los hijos, haciéndolos propios, de modo que llega a considerarlos su elaboración, hasta alcanzar un rechazo total a tener todo contacto con el progenitor víctima y, por extensión, a todo lo que representa o está relacionado con él, incluyendo su familia extensa –abuelos, tíos, primos, etc.”*⁸⁴.

Esta postura se resume en la idea de que *si éste proceso es reconocido, entonces se podrá actuar sobre él, deteniendo su avance o advirtiendo los intereses de esta situación y en donde la responsabilidad recae en el progenitor o padre alienante, en tanto este proceso no es más que el cultivo del odio que se pretende generar en el hijo hacia su progenitor, que vendrá a afectar enormemente en el desarrollo y la salud psicológica y física del hijo implicado*⁸⁵. En efecto, la obstaculización en la relación materno/paterno filial con los hijos, según corresponda, y la influencia negativa que ejerce el padre o madre que tiene la tenencia del hijo, para afectar la imagen del ex cónyuge frente a su hijo, en procesos de divorcio o separación,

⁸² Es precisamente en el Estado Español que la Guía de Criterios de Actuación Judicial Frente a la Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial de 2008 dedica un apartado al Síndrome de Alienación Parental. En el mismo, expresa: *“Aceptar, en suma, los planteamientos de las teorías de Gardner, que incluso excluía la aplicación de su teoría en los casos en que se evidenciaba una situación de violencia, abuso o negligencia, en los procedimientos de guarda y custodia de menores supone someter a éstos a una terapia coactiva y una vulneración de sus derechos por parte de las instituciones que precisamente tienen como función protegerles”*. Cita esta guía, la Sentencia de 27 de marzo de 2008 dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª).

⁸³ AGUILAR CUENCA, JOSÉ MANUEL, *“Síndrome de Alienación Parental”*, Almuzara, 2013, Pág. 76.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ *Ibíd.*

repercutirá sustancialmente en los derechos de las familias de los hijos, no sólo perturbando el vínculo con su padre o madre independientemente de la ruptura de la relación conyugal de sus padres o progenitores, sino trastocando su desarrollo integral en un ambiente familiar saludable, de respeto y protección por parte de sus padres, afectándose asimismo, su integridad psíquica, como resultado de conflictos familiares que en todo caso, deben resolverse cumpliendo los derechos de los hijos.

Este tipo de conductas, vulneran, como bien se dijo, la normativa constitucional, sin que existan mecanismos de reparación de los derechos de los hijos como parte del núcleo familiar, transgrediéndose los Artículos 58, 59.I., 60, 61.I. y 62 de la Norma Suprema, por alienación parental, así como la normativa internacional en la materia.

2.1. ELABORACIÓN DEL PROCESO DE ALIENACIÓN PARENTAL

Todas las conductas que se describen a través de la alienación parental son tendientes a crear en los hijos sentimientos de rechazo contra uno de los padres; sentimiento que los hijos argumentan como propios y que caracterizan a la alienación parental. El proceso de construcción del síndrome, tiene dos fases definidas:

- a) *Una campaña de desprestigio e injurias por parte del progenitor custodio (la denominada educación en el odio en el hijo menor); y,*
- b) *El niño o adolescente interioriza esos argumentos efectuando, de manera independiente, los ataques al otro progenitor hasta rechazar el contacto con él (la expresión del odio en el hijo ya educado)⁸⁶.*

⁸⁶ AGUILAR CUENCA, JOSÉ MANUEL., “El síndrome de alienación parental”, Almuzara, 2013, Pág. 76.

2.2. COMPORTAMIENTOS Y ESTRATEGIAS OBSTACULIZADORAS DE LA MADRE O PADRE ALIENADOR

Aguilar Cuenca, estableció que “los criterios de identificación de la alienación parental, dependen de qué repercusiones ocasionan en el niño”⁸⁷. Al respecto, Segura ⁸⁸ , Gil ⁸⁹ y Sepúlveda ⁹⁰ , describen algunos criterios específicos de identificación de la alienación parental, conforme a lo que sigue:

1. *Rehusar pasar las llamadas telefónicas a los hijos*
2. *Organizar actividades con los hijos durante el periodo en el que otro progenitor deber ejercer su derecho a visita*
3. *Presentar al nuevo cónyuge a los hijos como a su nueva madre o nuevo padre*
4. *Interceptar el correo y los paquetes enviados a los hijos*
5. *Desvalorizar, insultar, agredir al otro progenitor delante de los hijos*
6. *Rehusar informar al otro progenitor sobre actividades en las que están implicados los hijos*
7. *Hablar de manera descortés del nuevo cónyuge del progenitor*
8. *Impedir al otro progenitor el ejercer su derecho a visita*
9. *Implicar a su entorno (madre, nuevo cónyuge, familiares), en el adoctrinamiento de los hijos*
10. *Amenazar con castigar a los hijos si llaman, escriben o contactan al otro progenitor*⁹¹.

⁸⁷ *Ibíd*em, Págs. 78-84.

⁸⁸ Licenciada en Psicología. Experta Universitaria en Criminología y en Mediación y Orientación Familiar. Coordinadora de Punto de Encuentro Familiar de Sevilla.

⁸⁹ Licenciada en Psicología. Experta Universitaria en Mediación y Orientación Familiar. Psicóloga de Punto de Encuentro Familiar de Sevilla.

⁹⁰ Especialista en Medicina Legal y Forense. Experta en Mediación y Orientación Familiar. Supervisora del Programa Punto de Encuentro Familiar de Sevilla.

⁹¹ SEGURA, C. GIL. M.J. y SEPÚLVEDA M.A., “*El Síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil*”, 2006, Pág. 121.

Por su parte Gardner entrando a una definición más compleja, estableció componentes que deben concurrir para que exista la alienación parental que son los siguientes:

1. *Campaña de Difamación. El progenitor alienador “transmite al hijo detalles, sentimientos negativos y malas experiencias vividas con el progenitor odiado”⁹²*
2. *Razones débiles, frívolas o absurdas.*
3. *Animadversión hacia el progenitor alienado. El hijo está absolutamente seguro de su sentimiento de odio.*
4. *Fenómeno del Pensador Independiente. El niño está seguro que ha llegado solo, sin ayudas externas, al odio que siente hacia su progenitor.*
5. *Apoyo al Progenitor Alienador. El niño siente que debe apoyar al progenitor que inicia la campaña de difamación puesto que en dicho progenitor está su seguridad, ya que normalmente dicho progenitor detenta su cuidado personal.*
6. *El niño expresa desprecio sin culpa alguna contra el progenitor odiado.*
7. *Evidencia de Escenarios Prestados. El niño utiliza un lenguaje que no le es propio. A veces utiliza terminología que no entiende, porque repite lo que expresa el progenitor alienador.*
8. *El odio se traspasa a toda la familia del progenitor alienado. El niño no quiere ver a sus abuelos, tíos o primos.*

2.3. LOS HIJOS EN MEDIO DEL CONFLICTO FAMILIAR Y JUDICIAL

Sea cual fuere el progenitor (madre o padre) con quien conviva el hijo se debe garantizar la relación con ambos, tras la ruptura conyugal. Los regímenes de visitas tienen varias e importantes funciones psicológicas para el desarrollo de la infancia; las visitas protegen los derechos de la niñez y adolescencia, de acceso al progenitor que no tiene la tenencia, al igual que los de este último; asimismo, se

⁹² TEJEDOR, ASUNCIÓN, “*El Síndrome de Alienación Parental. Una Forma de Maltrato*”, Editorial EOS, Madrid, España, 2007, Pág. 41.

protege el vínculo emocional entre el hijo y sus progenitores, ya que se le proporciona modelos de rol alternativos y, por último, permite que se equilibre el cumplimiento de la responsabilidad en la educación y cuidado de los hijos, al ser ésta una obligación inherente a ambos progenitores. Todos estos aspectos, constituyen parte de los derechos de las familias de los hijos protegidos por la Constitución, que no deben modificarse por la ruptura conyugal de los padres o progenitores, pues el hijo, independientemente de ello, tiene derecho a desarrollarse en un entorno familiar que le permita formarse con seguridad, afecto y satisfacción de todas sus necesidades, entre las cuales, es fundamental, la relación materno/parterno filial como elemento sustancial de su derecho a la familia.

“El problema surge no por el hecho de que los padres decidan poner fin a su vida en común, sino cuando hacen partícipes a sus hijos e hijas de los conflictos que ha generado la separación. Entonces los niños se ven inmersos en los problemas de los adultos, tomando partido en el conflicto, pasando a formar parte de los bloques enfrentados y reproduciendo las disputas de los adultos. En estos casos, la opinión de los menores estará mediatizada, en mayor o menor grado, por el problema en el que están inmersos y por las presiones que están recibiendo. En determinados casos, es fácil apreciar como la niña o niño adquiere un papel protector del progenitor al que siente como más débil, “el perdedor o el abandonado”, ejerciendo una función defensora que no le corresponde. Esta función puede llevarle incluso a rechazar cualquier contacto con el otro progenitor, justificando su postura ante todas las instancias que le piden explicaciones, incluido el juez. Por otra parte, los niños envueltos en una situación de ruptura familiar conflictiva sufren una aguda sensación de miedo intenso, teñido todo ello

por un sentimiento de profunda confusión, con consecuencias negativas a nivel psico-emocional y conductual”⁹³.

Según Segura, Gil y Sepúlveda, “... *Estos menores presentan, con frecuencia, sentimientos de abandono y culpabilidad, rechazo, impotencia, indefensión e inseguridad, así como estados de ansiedad y depresión y conductas regresivas, disruptivas y problemas escolares. Esta sintomatología puede verse incrementada al ser presionado para participar en actos legales derivados del conflicto de separación, pasando a formar parte de la propia disputa en la medida en que sus sentimientos son utilizados como argumentos o armas legales. Los padres pueden tomar al pie de la letra esta negativa de los hijos a relacionarse con el progenitor o padre alienado, expresada y utilizarla para descalificarse mutuamente, e incluso pueden decidir llevar a su hijo delante de la autoridad judicial para que ésta también pueda escucharle y valorar si es influencia de uno o, por el contrario, la ineficacia de la conducta materna/paterna del otro, lo que motiva dicha actitud*”⁹⁴, cuando en realidad, la citada conducta emerge del rol que cumple el progenitor o padre alienador sobre la integridad emocional del hijo; cuyos daños son absolutamente soslayados por la normativa de desarrollo constitucional, a efectos de garantizar los derechos de las familias de los hijos en situaciones de tal naturaleza.

Finalmente, queda claro que, *cuando la Alienación parental entra en contacto con el sistema legal se convierte en un Síndrome Jurídico Familiar, en el que los abogados, jueces, peritos y otros profesionales vinculados adquieren una cierta responsabilidad en su continuidad. La negativa de los hijos adquiere auténtica trascendencia cuando se expresa en un juzgado, ya que se desencadenan entonces acusaciones, búsquedas de explicaciones y acciones encaminadas a*

⁹³ SEGURA C., GIL M.J y SEPÚLVEDA, M.A., “*El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil*”, The parental alienation syndrome: a way of mistreatment on children, Pág. 118.

⁹⁴ *Ibidem*.

resolver el problema que hace que la instancia judicial deba constituirse en una instancia responsable para la proteger los derechos de los hijos. El sistema judicial, con la intervención de los letrados, por el privilegiado lugar que ocupan tanto para mantener como agravar la alienación parental, podría incluirse dentro del maltrato institucional⁹⁵.

Tal situación es más preocupante, cuando la normativa no concibe ningún mecanismo o acción de protección de los derechos de los hijos, más que la separación de éstos del progenitor, olvidando las repercusiones que todo el proceso ha tenido en el niño, y por lo tanto dejando de lado cualquier mecanismo de reparación del daño ocasionado. Este elemento es fundamental para el sustento del presente estudio, en el marco de la identificación de una efectiva garantía de los derechos de los hijos como parte del núcleo familiar, vale decir “de los derechos de las familias” de los hijos, en casos de alienación parental.

2.4. LA ALIENACIÓN PARENTAL Y SUS REPERCUSIONES EN LOS HIJOS

Las repercusiones causadas en los hijos víctimas de alienación parental pueden ser diversas, al respecto, por ejemplo, se ha podido observar, en lugares como el punto de encuentro familiar ante la simple presencia física del progenitor rechazado, reacciones de ansiedad, crisis de angustia y miedo a la separación; asimismo pueden darse en los niños, alteraciones a nivel fisiológico en los patrones de alimentación y sueño, conductas regresivas, y de control de esfínteres. La sintomatología observada, coincide con la descrita en la literatura para las diferentes situaciones que atraviesan los hijos que sufren maltrato emocional, donde los problemas más frecuentemente detectados ⁹⁶ son

⁹⁵ SEGURA C., GIL, M.J y SEPÚLVEDA, M.A., “El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil”, The parental alienation syndrome: a way of mistreatment on children, Pág. 121.

⁹⁶ *Ibidem*, Págs. 124-125.

precisamente: Trastornos de ansiedad, Trastornos en el sueño y en la alimentación y, Trastornos de conducta. El último, finalmente puede converger en:

- *Conductas agresivas.*
- *Conductas de evitación para enfrentarse a la visita.* Utilización de lenguaje y expresiones de adultos. Dependencia emocional, sentimiento de miedo a ser abandonados por el progenitor con el que conviven. Dificultades en la expresión y comprensión de las emociones.
- En casos graves, pueden darse *denuncias falsas por maltrato* hacia los hijos, en consecuencia, éstos, adicionalmente, se van a ver expuestos a numerosas exploraciones por parte de diversos profesionales, las cuales, además de ser innecesarias, producen una fuerte *situación de estrés* en el niño. También hace que adopten un rol de "*víctimas*" de algo que no han sufrido pero que debido a la campaña de denigración del progenitor alienador, y a la autonomía de pensamiento, toman como algo real, teniendo unas consecuencias devastadoras para su desarrollo psicológico.

La alienación parental alude al "*maltrato psicológico*"⁹⁷ en contra de los propios hijos, ejercido por uno de sus padres para que odie al otro y rompa los lazos con él y todo su entorno.

⁹⁷La violencia ejercida en contra de los hijos, puede repercutir en su integridad física y psicológica, al respecto, la Clasificación Internacional de Enfermedades CIE-10 que determina la clasificación y codificación de las enfermedades y una amplia variedad de signos síntomas, hallazgos anormales, denuncias, circunstancias sociales y causas externas de daños y/o enfermedad ha identificado varias enfermedades causadas en el entorno familiar por conducta de sus miembros, entre éstas: Síndrome de maltrato (T74), dentro del cual se puede suscitar el abuso psicológico (T74.3 y T74.8), otros problemas relacionados con el grupo primario de apoyo, inclusive circunstancias familiares (Z63) o Problemas en la relación con los padres y los familiares políticos (Z63.1), Problemas relacionados con la ausencia de un miembro de la familia (Z63.3), Problemas relacionados con la ruptura familiar por separación o divorcio (Z63.5). Este tipo de enfermedades, son una muestra de que la conducta generada a partir de los miembros del núcleo familiar pueden repercutir en la integridad física y psicológica de los hijos. Una clasificación de enfermedades puede definirse como un sistema de categorías a las que se asignan entidades morbosas de conformidad con criterios establecidos. La clasificación puede girar en torno a muchos ejes posibles, y la elección de uno en particular estará determinada por el uso que se hará de las estadísticas recopiladas. Una clasificación estadística de enfermedades debe abarcar toda la gama de estados morbosos dentro de un número manuable de categorías. La Décima Revisión de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud es la más reciente de una serie que se formalizó en 1893 como Clasificación de Bertillon o Lista Internacional de Causas de Defunción. En el Volumen 2 puede consultarse una reseña completa de los antecedentes históricos de la clasificación. Si bien el título se ha modificado para expresar con mayor claridad el contenido y la finalidad de la obra y para reflejar el ensanchamiento progresivo del campo de la clasificación, que va más allá de las enfermedades y los traumatismos, se decidió conservar la sigla "CIE", que ya se ha vuelto familiar. En la

Las consecuencias para los hijos son dramáticas en su desarrollo y su salud... Por ello, se ha asociado a la alienación parental a una psicopatología y conductas de riesgo a lo largo de la vida de la persona víctima, como: ansiedad, depresión, adicciones, impulsividad, violencia e incluso suicidio. Según publica el Dr. Torres Orozco del Hospital Psiquiátrico, Alejandro Mendoza de México, la alienación parental tiene las mismas repercusiones que otras formas de maltrato infantil". De tal forma que después de analizar más de diez mil propuestas de revisiones de equipos internacionales de investigadores de todas las áreas de medicina y salud mental, la OMS incluyó la "Alienación Parental" en la nueva Clasificación Internacional de Enfermedades⁹⁸ (CIE-11).

Al respecto, conviene precisar que en el marco normativo boliviano, el Código de las Familias y del Proceso Familiar en su Artículo 434 inc. i)⁹⁹ prevé la suspensión,

clasificación actualizada, las afecciones se han agrupado de la manera que se creyó más apropiada para los fines epidemiológicos generales y para la evaluación de la atención de la salud. los trabajos de la Décima Revisión de la CIE comenzaron en septiembre de 1983, fecha en que se convocó en Ginebra una Reunión Preparatoria sobre la CIE-10. El programa de trabajo estuvo regido por las reuniones regulares de los directores de los Centros Colaboradores de la OMS para la Clasificación de Enfermedades. Las orientaciones de política emanaron de varias reuniones especiales, en particular las del Comité de Expertos sobre la Décima Revisión de la Clasificación Internacional de Enfermedades, celebradas en 1984 y 1987. Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (Décima Versión) Volumen 1. CIE-10, Publicación Certificada N° 554. Organización Panamericana de la Salud, Whashington, D.C. E.U.A., (Fecha de la consulta: 10 de mayo 2018). Disponible en: iris.paho.org/xmlui/handle/11060/Volumen1

⁹⁸ Si bien la OMS en la CIE – 10 (Clasificación Internacional de Enfermedades) incluye en su listado al síndrome de maltrato, abuso psicológico y otros vinculados a los conflictos familiares, en la presente gestión se reconoce de forma explícita a la "Alienación Parental" como enfermedad emergente de conflictos familiares a través de la CIE – 11. FIALLO, MEMELLA, Justicia Infantil: Organización Mundial de la Salud reconoce la "Alienación Parental", Actualizado en Junio 29, 2018, (Fecha de la consulta: 21 de julio 2018). Disponible en: <https://joveneshacerpolitica.tn/2018/07/02/organizacion-mundial-de-la-salud-reconoce-la-alienacion-parental/>

⁹⁹ Concordante con las siguientes normas: "ARTÍCULO 42. (SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD MATERNA O PATERNA). I. La suspensión de la autoridad de la madre, del padre o de ambos, es la determinación judicial de restricción temporal del ejercicio de su autoridad, cuando se vulneren los derechos de sus hijas e hijos que no hayan alcanzado los dieciocho (18) años de edad. II. La suspensión de la autoridad podrá ser: Parcial, por la cual se limita el ejercicio de la autoridad materna o paterna para ciertos actos, sin la necesidad de la separación de sus hijas e hijos; y b) Total, por la cual se suspende totalmente el ejercicio de la autoridad materna o paterna. III. La madre o el padre cuya autoridad se haya suspendido, deberá continuar asumiendo sus obligaciones de manutención". "ARTÍCULO 43. (CAUSALES DE SUSPENSIÓN PARCIAL). La suspensión parcial procede en los siguientes casos: a) Falta, negligencia o incumplimiento injustificado de deberes, teniendo los medios para hacerlo; y b) Acción u omisión, debidamente comprobada, que ponga en riesgo la seguridad, integridad y bienestar de sus hijas o hijos, aun sea a título de medida disciplinaria". "ARTÍCULO 44. (CAUSALES PARA LA SUSPENSIÓN TOTAL). La suspensión total procede en los siguientes casos: a) Interdicción temporal, declarada judicialmente; b) Enfermedad o accidente, u otras causas no voluntarias, que impidan el ejercicio de la autoridad materna o paterna; c) Problemas con el consumo de alcohol o drogas que pongan en peligro la integridad física o psíquica de sus hijas o hijos; d) Ser condenados como autores, cómplices o instigadores en delitos contra sus hijas o hijos, excepto en los delitos que sean causales para la extinción de la autoridad; e) Acción u omisión que exponga a sus hijas o hijos a situaciones atentatorias contra su seguridad, dignidad o integridad; y f) Ser condenados como autores intelectuales de delitos cometidos por sus hijas o hijos, excepto de los delitos que sean causales para la extinción de la autoridad". "ARTÍCULO 45. (FACULTAD JUDICIAL). La Jueza o Juez que decida sobre la suspensión total de la autoridad, podrá extenderla a las otras hijas e hijos, de acuerdo a valoración del caso concreto, fijando la asistencia familiar según las necesidades de la niña, niño o adolescente, y la capacidad económica de la madre o padre". "ARTÍCULO 46. (RESTITUCIÓN). El ejercicio de la autoridad podrá ser restituido cuando hayan desaparecido las causales de la suspensión parcial o cuando la madre, el padre, o ambos, demuestren condiciones y aptitud para ejercerla, ante la misma autoridad judicial que la hubiere suspendido". "ARTÍCULO 47. (CAUSALES PARA LA EXTINCIÓN DE LA AUTORIDAD MATERNA O

extinción o restitución de la autoridad de la madre o del padre, en determinados casos, procedimiento a ser conocido por Juez Público en materia familiar cuando la situación se suscita dentro de un proceso de desvinculación conyugal. La determinación judicial conforme a la normativa de referencia, podría establecer la separación de los padres en relación a los hijos, otorgando en la mayoría de los casos la tenencia del hijo al otro progenitor, familiar o incluso terceras personas, de ser necesario. Empero es evidente que la norma no consigna previsión alguna que permita ocuparnos de la situación del hijo. En cualquiera de los casos, se busca la sanción del progenitor, dejando de lado, la reparación del daño ocasionado al hijo.

PATERNA). La extinción de la autoridad se aplica por las siguientes causales: a) Muerte del último progenitor; b) Acción u omisión negligente que ponga en riesgo la seguridad, bienestar, integridad o vida de sus hijas o hijos, debidamente comprobada por autoridad competente; c) Renuncia de la autoridad por consentimiento justificado para fines de adopción; d) Interdicción permanente, declarada judicialmente; e) Sentencia condenatoria ejecutoriada con una pena privativa de libertad entre siete (7) a treinta (30) años por la comisión de delitos contra niñas, niños, adolescentes, de infanticidio o de feminicidio; f) Incumplimiento reiterado de medidas impuestas a padres, madres o ambos, establecidas para la suspensión de la autoridad; g) Conducta delictiva reincidente; y h) Abandono de la hija o hijo debidamente comprobado". Código Niña, Niño y Adolescente, Ley N° 548 de 17 de julio de 2014.

CAPÍTULO CUARTO
LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS,
EN CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL

1. INSTRUMENTOS PARA LA TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS

La aspiración de la realización efectiva de los derechos es uno de los principales retos a superar por el constitucionalismo. Fue esta preocupación que llevó al mismo Hans Kelsen a expresar que una Constitución a la que le falta la garantía, no tiene fuerza normativa obligatoria de forma plena, lo mismo que se aplicaría en el plano del Derecho internacional, en el que se reproduce dicha exigencia de protección, y con ese fin propone la creación de un órgano jurisdiccional de control, cuya institución es una condición imprescindible para la existencia de la fuerza normativa del mencionado Derecho¹⁰⁰. Los derechos y las garantías se interrelacionan e implican mutuamente, toda vez que, al ser elevado un derecho a una norma constitucional o instrumento internacional, de manera formal e ineludible, debe ser acompañado por medio idóneo de tutela a efectos de ser considerado como auténtico derecho, pues de lo contrario sería un derecho inexistente¹⁰¹. De ahí que, al definir los derechos fundamentales se advierte que uno de los presupuestos que más directamente contribuyen a perfilar su significado es el de gozar de un régimen de protección jurídica reforzada. En esa línea, dejando al margen la garantía política básica que representa el Estado de Derecho, en cuanto es condición imprescindible para la existencia de un régimen de libertades, y prescindiendo también del análisis de los presupuestos sociales y económicos que condicionan la realización de todos los derechos, pueden distinguirse a efectos expositivos tres grandes bloques de garantías constitucionales de los derechos fundamentales, que son las Garantías Normativas, las Garantías Jurisdiccionales y las Garantías Institucionales.

¹⁰⁰ KELSEN, HANS, “*La garantía Jurisdiccional de la Constitución*”, Traducción: Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2002. Págs. 95-107

¹⁰¹ FERRAJOLI, LUIGI, “*Razones Jurídicas del pacifismo*”, Traducción: Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta. 2004. Pág. 117.

En relación a las **Garantías Normativas**, entendemos a éstas como el conjunto de normas o sistema jurídico vigente, configurado como instrumentos o mecanismos utilizados con la finalidad de efectivizar el cumplimiento de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

Sobre las **Garantías Jurisdiccionales**, entre los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales en los sistemas democráticos, la acción procesal, ejercitada ante los órganos jurisdiccionales, ocupa un lugar destacado. De ahí que, en muchas ocasiones, la tutela de los derechos y libertades se identifique con los instrumentos de su protección judicial. Por supuesto, las garantías jurisdiccionales dependerán de la configuración de un desarrollo normativo vigente adecuado. Esto es, las garantías jurisdiccionales dependen indefectiblemente de las garantías normativas existentes.

Respecto a las **Garantías Institucionales**, la Constitución regula las funciones y atribuciones de instituciones destinadas a preservar el principio de Supremacía de la Constitución y por ende el respeto por los derechos fundamentales descritos en la misma, tal es el caso del Ministerio Público, la Policía boliviana y particularmente la Defensoría del Pueblo. Instancia esta última de garantía institucional principal de los derechos del ciudadano.

2. LA IMPORTANCIA DE LA GARANTÍA NORMATIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si se reconocen a los derechos como indispensables para que la vida en sociedad sea efectivamente humana, se deben adoptar los mecanismos de protección pertinentes, es decir, los medios adecuados para asegurar su ejercicio. Es así que la realización plena de estos derechos, en buena medida, pasa por la adecuación de los instrumentos que los asegurarán, según las circunstancias de

cada lugar y momento, por ello, la necesidad de prestar una garantía específica y eficaz para éstos, resulta ser insoslayable.

Las garantías o mecanismos de tutela de los derechos pueden efectivizarse a través de diferentes manifestaciones, por ejemplo, eliminar los riesgos que impidan el ejercicio o la aplicación del derecho en el marco de la prevención o, sustituir por algo diferente lo que no pudo efectuarse y correspondía, o lo que no debía realizarse y se efectuó, aplicando la sanción y/o reparación pertinentes. Todo ello, es factible a través del diseño de garantías normativas de los derechos constitucionales, que logren su cumplimiento o por lo menos los reparen cuando hayan sido vulnerados.

Repasando el marco histórico *“El pensamiento liberal en su lucha contra el absolutismo, había supuesto que la libertad quedaría perfectamente garantizada en cuanto el pueblo fuera quien detentara la titularidad y el ejercicio del poder mediante el reconocimiento del principio de la soberanía popular, de la cual debía ser expresión la ley. De ahí la confianza de los autores de la Declaración de 1789 en la “ley”, que por ser emanación de la voluntad general parecía el instrumento más adecuado para determinar el contenido y los límites de los derechos fundamentales. En esta exigencia se funda el principio básico para el constitucionalismo liberal - democrático de la “reserva de la ley”, esto es, de la garantía de que la regulación del catálogo de libertades es materia reservada al legislador y sustraída de la injerencia del gobierno”*¹⁰². Aspecto traducido, hoy en día en nuestra realidad, en la previsión constitucional descrita expresamente en el Artículo 109.II de la Norma Suprema boliviana: *“Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley”*.

¹⁰² PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *“Los Derechos Fundamentales”*, Octava Edición, Tecnos, Madrid-España, 2004, Pág. 70.

En esa misma lógica, recordemos que La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, garantizó junto a la reserva de la ley para regular los derechos fundamentales, la exigencia de que dicho desarrollo legislativo respete, en todo caso, el contenido esencial de tales derechos, aspecto replicado por la Constitución Española tal cual refiere el tratadista Antonio Pérez Luño¹⁰³. En esa línea, el Tribunal Constitucional Español distinguió dos acepciones de la noción de contenido esencial del derecho; *“la primera equivale a la **“naturaleza jurídica de cada derecho”** que se considera preexistente al momento legislativo; “en ese sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta”, de forma que “los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo”; la segunda corresponde a los **“intereses jurídicamente protegidos”**, en el sentido de que se lesionaría “el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. Estos métodos de delimitar el contenido esencial no son alternativos, sino que “se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de todo concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”*¹⁰⁴. (Las negrillas nos corresponden)

En función a lo expuesto, deducimos que la garantías normativas para la protección de derechos, no se limitan a las descritas en la Constitución, responden también al desarrollo normativo constitucional que debe ser diseñado de acuerdo al mandato de la Norma Suprema, con la misma función, esto es, precautelar el efectivo cumplimiento de los derechos. Este desarrollo, en nuestro sistema únicamente puede efectuarse a través de la “ley”, respetando el lineamiento que

¹⁰³ *Ibidem*, Pág. 77.

¹⁰⁴ STC de 8 de abril de 1981, en BJC, 1981, N2. Págs. 93-94

prevé la Constitución, en el marco de la naturaleza jurídica de cada derecho y el interés jurídicamente protegido.

En el presente estudio, primero se identifica la inclusión dentro de la Constitución de los derechos de las familias como derechos fundamentales, reconociendo los derechos de todos los miembros del núcleo familiar de forma igualitaria. En esa lógica, los derechos de los hijos, tienen la misma significancia que los derechos de los padres o progenitores; razón por la cual, el ejercicio del derecho de los hijos a mantener una relación paterno-materno filial, aún en situación de desvinculación de sus padres, de forma sana, constructiva, libre de violencia, debe ser protegida y tutelada conforme lo prevé la Norma Suprema, precautelando en todos los casos, el desarrollo integral de los hijos y el interés superior de éstos. Al efecto, cuando las relaciones parentales de los “hijos” son obstaculizadas arbitrariamente, éstos, en su condición de víctimas, tienen el derecho, no sólo a su restitución, esto es, el restablecimiento de sus relaciones materno/paterno filiales con sus padres en condiciones que le propicien un adecuado desarrollo integral; sino también a la reparación del derecho conculcado.

Esta coyuntura, nos permite visibilizar el óbice jurídico respecto a una real y efectiva garantía normativa que tutele el derecho fundamental proclamado en la Constitución boliviana a favor de los hijos. Vale decir, en tanto los derechos de las familias reconocidos como derechos fundamentales en la Norma Suprema, no sean desarrollados con regulación específica, respecto a casos de alienación parental, estableciendo mecanismos jurídicos orientados no sólo a sancionar la vulneración del derecho a la familia de los hijos (como lo plantea la normativa vigente) sino a obligar a los padres alienadores a la reparación del daño. De ahí la relevancia de una garantía normativa efectiva de reparación del daño, en casos de vulneración de los derechos de los hijos como parte del núcleo familiar, por alienación parental.

3. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS EN CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL. PROPUESTA

La normativa constitucional boliviana prevé en el artículo 113.I. que, la *vulneración de derechos concede a las víctimas la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna*¹⁰⁵. En consecuencia podemos afirmar la constitucionalidad de la regulación de la reparación de daños como garantía normativa de los derechos de los hijos como parte del núcleo familiar, en casos de alienación parental.

En esa línea, el núcleo familiar puede ser susceptible de vulneraciones externas o realizadas por terceros. Pero más allá de este tipo de conductas, de orden externo. ¿Qué sucede cuando los derechos de alguno de los miembros de la familia, son transgredidos por aquéllos que están obligados a cumplir determinado rol? Al respecto, es menester señalar que estos derechos son protegidos por normas superiores y vinculantes, de rango Constitucional.

Si bien, temas relacionados con la asistencia familiar e incluso conductas de violencia, son aspectos que se encuentran no sólo normados en la Constitución, sino también en la regulación de desarrollo constitucional, imponiendo sanciones, limitaciones de derechos y otros, a efectos de proteger a sus miembros. En nuestra legislación en materia de derechos de los hijos como parte del núcleo familiar, persiste el vacío sobre la necesaria reparación de daños, por ejemplo, en casos de alienación parental. Al respecto, resulta imperante entender que la familia es la suma y la pluralidad de sus miembros; por eso, hablar de derechos “de la familia” o, tal cual lo establece nuestra Constitución, “*de los derechos de las familias*”, alude a derechos de la persona humana individual en sus relaciones

¹⁰⁵ “Artículo 113.I. “*La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna*”. Constitución Política del Estado de 2009.

intrafamiliares, donde cada miembro goza de los mismas prerrogativas y garantías que el resto del núcleo familiar; correspondiendo su protección con la aplicación de garantías que permitan reparar los daños causados en igual proporción que para un adulto. Esto es, el hecho de que la persona afectada sea niño o adolescente, no implica que el daño causado emergente de la vulneración no merezca la aplicación de las garantías normativas necesarias para efectivizar tales derechos o mínimamente lograr su reparación en tiempo oportuno.

Tales fundamentos, exponen la necesidad de regular la reparación de daños, por vulneración de los derechos de los hijos como parte del núcleo familiar, en casos de alienación parental, en consideración al mandato constitucional previsto en el Artículo 113.I, sobre reparación e indemnización por vulneraciones a derechos fundamentales, y Artículo 62, que claramente prevé *la obligación del Estado de garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo integral de las familias y los derechos de todos los miembros del núcleo familiar en situación de igualdad*, resultando coherente que los derechos de los hijos víctimas de alienación parental sean debidamente tutelados por la normativa de desarrollo constitucional.

3.1. LAS FAMILIAS, LA RUPTURA DEL VÍNCULO CONYUGAL Y LA IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN MATERNO/PATerno FILIAL

La familia se configura en un elemento de vital importancia para la formación la conducta humana en la sociedad. Su desarrollo en un ambiente confiable, afectivo, con valores y libre de violencia para sus miembros, repercutirá positivamente en su conducta dentro del entramado social, o, negativamente, cuando éste se efectúe en un ambiente hostil, violento, negligente, sin afectos, necesarios para la formación de todo ser humano, generando en algunos casos daños permanentes en el individuo que lógicamente repercutirán en su desenvolvimiento en la comunidad.

El matrimonio o la unión libre como fuentes de la familia, resultan ser instituciones fundamentales para la construcción del entorno familiar. Tanto la Constitución como la Ley, protegen y garantizan los derechos de cada uno de sus miembros, entendiendo la importancia de la familia en el entramado social. Empero cuando la pareja, sea en el marco de un matrimonio o de una unión libre, decide romper con el vínculo o separarse, se generan efectos, no sólo patrimoniales o personales (los bienes adquiridos durante la vigencia deben ser divididos en función al régimen de la comunidad ganancial, y los ex cónyuges, pueden volver a contraer matrimonio o unirse a otra persona), sino también efectos familiares, que repercuten en los hijos y su situación, primero definiéndose qué progenitor o padre obtiene la tenencia o guarda del hijo, cuál el monto de asistencia familiar asignado para el mismo, qué obligaciones debe cumplir el progenitor o padre que no obtuvo la tenencia y finalmente el régimen de visitas.

Las determinaciones judiciales en relación a estos aspectos, resultan ser de relevante importancia, debido a que de ellas dependerá el ejercicio pleno de los derechos de los hijos, independientemente de la situación de los padres, toda vez que la referida desvinculación, no deberá desde ningún punto de vista negarle al hijo el ejercicio de todos sus derechos familiares, vinculados a su relacionamiento con sus progenitores o padres, familias ampliadas y demás derechos inherentes a su integridad emocional y bienestar en su núcleo familiar; debiendo ante todo precautelarse su desarrollo integral en el marco del interés superior que le corresponde.

Ahora bien, como se expuso antes, la alienación parental resulta de un conjunto de actos ejercidos por los padres, orientados a impedir u obstaculizar la relación materno/paterno filial con los hijos. Vulnerando su derecho a desarrollar vínculos familiares independientemente de la ruptura conyugal de los progenitores o padres. Al respecto, corresponde resaltar que *la relación parental, reconoce su fundamento en elementales principios del derecho natural, en la necesidad de*

*cultivar el afecto, de estabilizar los vínculos familiares, y propender a su subsistencia real, efectiva y eficaz*¹⁰⁶. Ello debido a que *el vínculo del hijo con los padres contribuye a la constitución del aparato psíquico de aquél y la interacción permanente entre el niño y el adulto (madre y padre), proporcionando al hijo modelos de resolución de sus necesidades físicas y psíquicas*¹⁰⁷.

Sobre el particular *“el afecto materno es una condición necesaria pero no suficiente para la adecuada organización psíquica de los hijos, siendo indispensable la presencia de la figura paterna como soporte en la formación de la personalidad del niño, posibilitando y estimulando el desarrollo de su identidad”*¹⁰⁸. De esto se sigue entonces, que *“pese al cese de la convivencia parental, es necesario lograr el mayor contacto posible entre el hijo y sus progenitores para preservar su normal maduración. Muchos estudios han demostrado que la falta de una afectiva comunicación con ambos padres ha producido efectos adversos en el bienestar emocional de los hijos”*¹⁰⁹. Por ello, *la relación materno/paterno filial, constituye un derecho de los hijos, en pro de su desarrollo integral*¹¹⁰, previsto en la Constitución. Desarrollado asimismo en el Código Niña, Niño y Adolescente, en el Artículo 40: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a mantener de forma regular y permanente relaciones personales y contacto directo con su madre y padre, aún cuando exista separación entre ello, salvo que esto sea contrario a su interés superior”*. Por su parte, la Convención de los Derechos del niño, en el Artículo 9, apartado 3 consagra el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular.

¹⁰⁶ MAKIANICH DE BASSET, LIDIA N., “Derecho de Visitas”, Hamurabi, 1993, Págs. 63-64.

¹⁰⁷ GIL, GABRIELA FERNANDA, “El incumplimiento del régimen de visitas y las astreintes”, LLBA 1998, Pág. 149, quien cita el artículo de GROSMAN, CECILIA, “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”. LA LEY, 1984-B, Pág. 806.

¹⁰⁸ Conf. JORGE Y CARPINETI DE HUGHES, ROSA, Ed. 158-1006 y LAPLANCHE, J. Y PONTALIS, J.B., “Diccionario de psicoanálisis”, Pág. 191, Ed. Labor, Barcelona, citado por GIL, GABRIELA FERNANDA, en el artículo ya referido.

¹⁰⁹ Conf. GIL, GABRIELA FERNANDA, ob. Cit. y la cita que allí se hace del artículo de GROSMAN, CECILIA: “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”. LA LEY, 1984-B, 806.

¹¹⁰ “Artículo 59. I. Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a su desarrollo integral”. Constitución Política del Estado de 2009.

Finalizada la convivencia de la pareja, generalmente, uno de los padres ejercerá la guarda del hijo y el otro seguirá teniendo relación con el mismo a través del mentado derecho de visita, derecho que, para el progenitor guardador configura un deber, el de permitir dicha comunicación. No obstante ello, como lo explica Makianich de Bassef¹¹¹ *se ha observado la alta frecuencia de casos en que los padres se manifiestan reacios a admitir que el hijo tiene derecho a comunicarse con ambos, así como que el otro progenitor tiene también derecho a comunicarse con el niño, siendo usual advertir un enorme empeño en adjudicarse al hijo como si constituyera un “botín de guerra”.*

La conducta descrita es una manifestación de alienación parental, que ha sido definida como *“el proceso por el cual un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificante o destructiva acerca del otro progenitor, durante o posterior a un proceso de divorcio, en un intento de alejar (alienar) o indisponer al hijo contra este otro progenitor”*¹¹², conducta vulneratoria de los derechos de las familias de los hijos, que genera varios efectos nocivos para su desarrollo integral, quedando en una situación de absoluta indefensión y vulnerabilidad.

3.2. INEXISTENTE LEGISLACIÓN DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL QUE GARANTICE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS EN CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL

Tal cual se estableció precedentemente, la alienación parental emerge resultado de un conjunto de conductas ejercidas en contra de los hijos¹¹³ por parte de los

¹¹¹ MAKIANICH DE BASSET, LIDIA N., “Derecho de visitas”, Hammurabi, 1993, Págs. 24 y sgts.

¹¹² DÍAZ USANDIVARAS, CARLOS MARÍA, “El síndrome de alienación parental: una forma sutil de violencia después de la separación o divorcio”. RDF 2003-24-127.

¹¹³ “ARTÍCULO 153. (INFRACCIONES POR VIOLENCIA CONTRA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES). I. La Jueza o el Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia, a denuncia de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, conocerá y sancionará las siguientes infracciones por violencia: d) Utilización de la niña, niño o adolescente, como objeto de presión, chantaje, hostigamiento en conflictos familiares;”. Código Niña, Niño y Adolescente, Ley N° 548 de 17 de julio de 2014.

propios progenitores, vulnerando sus derechos fundamentales¹¹⁴ y afectando su integridad psíquica, quitándole al hijo el derecho a construir un propio criterio sobre la conducta o el actuar de la madre o padre que no tiene la guarda, pretendiendo que desde una etapa de desarrollo que no le permite discernir adecuadamente sobre el actuar o la toma de decisiones de sus padres por el grado de maduración que aún no completa, se le inste a prejuzgarlos, infundiendo en el niño, sentimientos de temor, resentimiento, dolor y hasta odio en contra del padre que no tiene la guarda.

En tales situaciones, uno de los progenitores obstaculiza de manera abierta o encubierta la relación materno/paterno filial con el hijo o inducen a éste al rechazo respecto del otro padre o progenitor, prolongando tal conducta, en ciertas situaciones, hasta la familia ampliada del ex cónyuge. Alegando sin justificación abandono, falta de afecto, engaño, traición, violencia u otro tipo de argumento de similar naturaleza que haga quedar en una situación de victimador al otro progenitor.

Sin duda en tal coyuntura el niño se ve gravemente afectado, pues al ponerlo en una situación de definición entre el padre “bueno” o el “malo”, por cualquiera de ellos, se genera un sentimiento de culpa y miedo en el hijo. Esta afectación a su integridad, provoca una serie de consecuencias de orden emocional, biológicas y en el peor de los casos alteraciones de orden psiquiátrico. Asimismo, al margen de afectar su desarrollo, el contexto influirá posiblemente en su posterior conducta, al momento en el cual ese niño deje de serlo y pretenda conformar una familia y educar a sus hijos, pudiendo afectar su personalidad, creciendo con una idea de abandono, traición por parte de uno de sus progenitores, pudiendo afectar sus decisiones en su propio hogar.

¹¹⁴ “ARTÍCULO 40. (DERECHO A MANTENER RELACIONES PERSONALES Y CONTACTO DIRECTO CON LA MADRE Y EL PADRE). Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a mantener de forma regular y permanente relaciones personales y contacto directo con su madre y padre, aun cuando exista separación entre ellos, salvo que esto sea contrario a su interés superior”. Código Niña, Niño y Adolescente, Ley N° 548 de 17 de julio de 2014.

El Código Niña, Niño y Adolescente, describe como infracción *la utilización de la niña, niño o adolescente, como objeto de presión, chantaje, hostigamiento en conflictos familiares*, en el artículo 153. Dicha norma se refiere a una posible utilización de los hijos por parte de los padres, para perjudicar u obtener algo del otro progenitor. La norma se reduce a ello, soslayando la injerencia del padre o madre, sobre el hijo y su conducta; sin perjuicio de hacer notar que la normativa vigente en materia de maltrato o violencia en contra de los hijos, define la aplicación de sanciones para los padres, dependiendo de la gravedad, en los cuales la autoridad procederá, de ser necesario, a determinar la tenencia del hijo a favor del otro progenitor, la interrupción del derecho a visitas u otras medidas de carácter sancionatorio en contra de los infractores. Empero, no existe normativa alguna cuya regulación tenga por fin reparar el daño de manera inmediata, pues la sanción de separación del hijo y su progenitor alienador, puede ser una medida que ponga fin a la conducta, pero no resuelve de ninguna manera el problema, entendiendo que al final, se mantiene una ruptura en la relación materno/paterno filial, ahora con el progenitor alienador; olvidando en todo caso la situación del hijo y las consecuencias que se le habría causado.

La alienación parental, considerando que genera una afectación en las relaciones familiares, en desmedro de los derechos de los hijos, finalmente no es resuelta y menos reparado el daño causado por la vulneración del derecho de los hijos; identificándose *la inexistencia de una garantía eficaz que tienda a prevenir la conducta, y en caso de vulneración del derecho a reparar el mismo, a favor de los hijos, para restablecer su integridad psíquica.*

3.3. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO: FUNCIÓN REPARADORA Y PREVENTIVA

De acuerdo a Graciela Medina¹¹⁵, el derecho a visita se concibe como derecho subjetivo familiar de doble titularidad, expresamente contemplado en el sistema jurídico argentino. Al respecto, apunta, *“Los derechos subjetivos familiares son una especie de derechos subjetivos en general que se caracterizan por nacer entre personas unidas por vínculos familiares. Son poderes o acciones otorgados o reconocidos por el ordenamiento jurídico, mediante los cuales una persona puede exigir a la otra con quien la une un determinado nexo familiar una determinada prestación. Así pues, no caben dudas de que el derecho de comunicación, en cuanto derecho subjetivo familiar, permite exigir el cumplimiento de la prestación en cuestión, y por ende, reclamar los perjuicios derivados de su incumplimiento”*¹¹⁶.

Asimismo refiere que, en vista de la gravedad de los daños¹¹⁷ que pueden ocasionarse, especialmente a la salud psicofísica del menor, no existe razón para

¹¹⁵ MEDINA, GRACIELA, *“Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor guardador”*, abril 2009, (Fecha de consulta: 08 de septiembre 2017). Disponible en: www.gracielamedina.com, por.

¹¹⁶ MAKIANICH DE BASSET, LIDIA N, *“Derecho de visitas”*, Hammurabi, 1993, nota al pie de página N° 8, Pág. 906, nota N°14.

¹¹⁷ *“El Daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético. Daño es sinónimo de perjuicio. Así lo establece la mayoría de las legislaciones modernas y el Código Civil Peruano. Ambas palabras, sin embargo, tuvieron en su origen un significado distinto... El Código Civil Mexicano distingue, como regla excepcional en relación con las otras legislaciones, los conceptos de daño y de perjuicio. Aunque sus acepciones son distintas a las del derecho romano. El artículo 2108 del Código Civil Mexicano establece que “se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”; y el artículo 2109 del mismo Código prescribe que “se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. La distinción mexicana corresponde pues a los conceptos de daño emergente y lucro cesante”. Por su parte, “... el Daño Moral, es el daño no patrimonial; es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquellos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad, y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral originan, además, un daño material. Y en cuanto a sus efectos son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales “strictu sensu”, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual. Las contradicciones de los textos romanos no permiten expresar con claridad si se permitía o no la reparación del daño moral. Sin embargo, los tribunales franceses hoy admiten la reparación del daño moral, contractual o extracontractual, interpretando el artículo 1382 del Código Napoleón que se refiere únicamente al daño, sin distinción de ninguna clase. La misma doctrina inspira a los tribunales belgas por la interpretación de un texto idéntico al artículo 1382 del Código francés. El Código Civil Alemán (artículo 823, primer párrafo), el Código Suizo de las Obligaciones de 1911 (artículo 99), el Código Civil Brasileño (artículo 76) y el Código Helénico (artículo 299), también permiten la reparación del daño moral en las relaciones contractuales y extracontractuales. El Código Civil Italiano de 1942 limita el principio en su artículo 2059 al establecer que el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados en la ley, no refiriéndose ningún otro precepto del Código, sin embargo, a esa obligación”. Véase en: OSTERLING PARODI, FELIPE, *“La Indemnización de daños y perjuicios”*, Libro homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cuzco Ed., Lima, 1985, Págs. 399, 400 y 405, 406*

descartar la procedencia de la reparación del daño, obviamente, una vez verificados los presupuestos de la responsabilidad civil analizados. El padre o madre que obstruye deliberadamente la normas y fluida relación con el otro progenitor causa a su hijo un daño muchas veces indeleble. Este daño debe cesar. Y no sólo corresponde actuar con energía para conculcar este tipo de conductas, sino que los daños producidos deben ser reparados, pues la obligación de resarcir no sólo constituye un imperativo de justicia que trata de compensar un equilibrio roto, sino que actúa como un inhibidor de la reiteración de las conductas dañosas¹¹⁸. En consecuencia, la reparación además de cumplir o pretender cumplir, su clásica función de “volver las cosas al estado anterior a la configuración del perjuicio”, asimismo cumple una función preventiva de futuras conductas similares, tanto para el sujeto que debe afrontarla, como, indirectamente, para toda la sociedad.

Esta doble función reparadora – preventiva¹¹⁹ de la responsabilidad civil, se advierte con claridad para re-vincular a las partes: el hecho de afrontar la indemnización “ayudará” a generar en el guardador un cambio de conducta y – normalmente – evitará caer en actitudes semejantes, aunque sea para evitar la sanción. En palabras de Makianich de Basset “*la agresión al bolsillo –la víscera*

¹¹⁸ MAKIANICH DE BASSET, LIDIA N, “*Derecho de visitas*”, Hammurabi, 1993, Pág. 909.

¹¹⁹ “La Responsabilidad Civil, va a ser entendida como un fenómeno que va a permitir, a partir de su regulación, el “incentivo” o “desincentivo” de determinadas conductas, lo que en la Teoría analista de la responsabilidad se denomina “*función preventiva*”. Por otro lado... la teoría clásica al referirse a la Responsabilidad Civil establece que ésta debe ser enfocada desde la óptica del sujeto responsable del daño lo que la lleva a postular una “*función reparadora del daño*” limitada por la conducta de éste sujeto... Dos son las facetas que el derecho de daños ofrece respecto de este objetivo en particular. La primera es una cuestión meramente derivada o secundaria del mecanismo consistente en predeterminar a los sujetos que deberán hacerse cargo de reparar los daños que se produzcan en determinadas hipótesis: *la persuasión de no causar daños ineficientes*. Como hemos visto, y como consecuencia de una cuestión de costos, los individuos se encuentran incentivados a no dañar, pero sólo hasta el punto en que los costos que les reporta el daño causado son menores que la ganancia que les produce. De allí que, en términos de incentivos, la opción más eficiente a los efectos de la prevención de la mayor cantidad de daños pareciera ser el establecimiento, en cabeza del dañador, de la obligación de indemnizar la totalidad de los daños causados a las víctimas, puesto que mientras más se lo obligue a abonar al responsable en concepto de daños, más se cuidará de evitarlos, ya sea de no efectuarlos voluntariamente o de invertir más recursos en medidas precautorias. Es decir, mientras más dinero se lo obligue a pagar en concepto de daños, estará menos dispuesto a dañar”. ANZOÁTEGUI, IGNACIO, “*Algunas Consideraciones Respecto de las Funciones del Derecho de Daños*”, (Fecha de consulta: 07 julio 2018). Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/07-ensayo-anzoategui.pdf>

*que más duele-, puede transformar en seres razonables a quienes hasta ese momento no estaban dispuestos a entender razones*¹²⁰.

Asimismo, la autora¹²¹ señala que *el cambio de régimen de tenencia, tampoco tiene una finalidad resarcitoria y aún cuando pueda ser considerado como una sanción al progenitor que detentaba la guarda, no siempre es la mejor solución al problema, pues dicho cambio podría resultar perjudicial al hijo*¹²². Remarcando que acreditados los presupuestos de la responsabilidad, la acción resarcitoria será procedente, lo que no significa resarcir la carencia de afectos o la falta de apoyo espiritual derivados de la incomunicación, esto es fundamental, toda vez que la acción no resarce los sentimientos emergentes del daño, *sino los daños morales injustamente causados, siendo éstos absolutamente resarcibles*.

Como sabemos existe un daño moral (inmaterial) cuando éste recae sobre bienes o derechos cuya naturaleza no es patrimonial y por lo tanto el perjuicio incide en el acervo espiritual de la persona¹²³. En esa línea, siendo admitida la reparación del daño moral por la doctrina y la jurisprudencia; lo extraordinario en el supuesto objeto de análisis es la inclusión de este daño en el ámbito del derecho de familia y más concretamente, en el ámbito materno/paterno-filial emergente del mandato

¹²⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “*Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana*”, Revista de Derecho de Daños 2001-2. P. 285/310. Relata en la un caso, interpuesto ante la Comisión Internacional de Derechos Humanos, en el cual una mujer danesa se casa con un hombre italiano y tienen una niña que, por desavenencias de sus padres, vuelve a Dinamarca con su madre. Para tener contacto con la menor, el padre abandona su trabajo en su país de origen y se traslada a Dinamarca, y aunque los tribunales daneses fijan un régimen de visitas, éste no puede ejecutarse porque la niña rechaza al padre, probablemente por influencia de su madre. En atención a la posición de la menor, y basados en dictámenes periciales que señalan la inconveniencia del contacto, los jueces suspenden el régimen de visitas. El padre entonces vuelve a Italia, donde sufre una depresión severa que le impide insistir en sus reclamos judiciales, y cuando lo intenta nuevamente, la situación se ha agudizado. Denuncia a Dinamarca ante la Comisión por violación de su derecho a la vida familiar y a una justicia efectiva, pero el órgano europeo rechaza la denuncia, pues sostiene que dadas las circunstancias del caso no hubo violación a la Convención Europea de Derechos Humanos por parte de Dinamarca, ya que suspendieron el derecho de visita en función al interés superior del niño. La autora señala que la respuesta en el marco del tratado, es acertada, pero, ¿Es justo que ese hombre quede sin reparación alguna si, efectivamente, a esa situación se llegó por la conducta abusiva de la madre? Al respecto, debiéramos incluso ir más lejos, pues más allá del derecho del padre alegado, se encuentra sobre todo el derecho de la niña, a quien se le impidió tener una relación paterno filial, cuyas consecuencias pueden ser de diversa índole para la misma. Es más el rechazo hacia su padre, ya implica una reacción provocada que sin duda repercutirá en su vida y relacionamiento posterior. Al efecto, si del interés superior del niño se trata, que hubiera acontecido si la demanda se interpusiera a nombre de la misma. Por transgredir el mismo derecho alegado por el padre, cuya titular también es la niña, esto es, el derecho a la vida familiar.

¹²¹ MEDINA, GRACIELA, “*Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor guardador*”, abril 2009, (Fecha de consulta: 08 de septiembre 2017). Disponible en: www.gracielamedina.com.

¹²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, ob. cit.

¹²³ VICENTE DOMINGO, E., “*El daño*”, en Tratado de Responsabilidad Civil, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, Pág. 273.

Constitucional. Al respecto, podemos citar algunos ejemplos en el marco de la jurisprudencia Europea, en donde se aprecia daño moral cuando existe una privación de relación entre los padres o familiares del niño. Tal es el caso del Tribunal de Derechos Humanos¹²⁴, que determinó condena de indemnización de daño moral cierto. En el caso en particular se suscitó una controversia legal con los siguientes antecedentes, cuando se produce la ruptura de la pareja, la madre traslada su residencia a los Estados Unidos, no regresando más a España, truncando la relación del hijo con el padre y arrancando al niño del entorno familiar en que hasta ese momento había desarrollado su vida. Denunciándose este hecho por el progenitor, tras diversos procedimientos se le atribuye la guarda y custodia del hijo, aunque nunca se consigue ejecutar la sentencia en Estados Unidos. La facultad de decidir el lugar de residencia del niño, creemos que no puede ser resuelta unilateralmente por uno de los padres, ni aunque tenga en exclusiva la guarda y custodia del hijo, pues consideramos que es una facultad que corresponde a ambos progenitores y que será el juez el que deberá decidir en caso de que no exista acuerdo, valorando los motivos por los que se produce este cambio, tales como intereses personales, profesionales, etc. En el caso analizado, debe destacarse que no se trata sólo de un cambio de la residencia

¹²⁴ *El Tribunal de Roma, en sentencia de 13 de junio de 2000, en un caso de incumplimiento reiterado del derecho de visitas, condenó a la madre a indemnizar al padre por haberlo impedido y consideró que el derecho de visita del padre no guardador constituye para él también un verdadero deber hacia el hijo. Entendió que la madre debía satisfacerle los daños morales porque el padre no puede cumplir estos importantes deberes hacia el hijo, ni satisfacer su derecho a conocerlo, a frecuentarlo y educarlo, en razón y en proporción de su propio sentido de la responsabilidad, y del prolongado pero vano empeño puesto en ser satisfecho en dicho derecho. La Comisión Europea de Derechos Humanos, sin embargo, no condenó a Dinamarca en la Resolución de 20 de octubre de 1998, por entender que no había habido violación de la Convención Europea de Derecho Humanos en el caso que las autoridades de un Estado suspenden el derecho de visita atendiendo al interés del menor. Pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) condenó a Alemania (caso Elholz vs Alemania, sentencia) por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo, en un caso en el que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de la negativa de un hijo de cinco años que sufría el síndrome de alienación parental. Se dice en esta sentencia que: «El Tribunal recuerda que el concepto de familia, con arreglo a este artículo, no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras relaciones “familiares” factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula “familiar” desde su nacimiento y por el hecho mismo de éste. Por tanto, existe entre el niño y sus padres una relación constitutiva de una vida familiar (sentencia Keegan contra Irlanda, de 26 de mayo de 1994, serie A, núm. 290, págs. 18-19, ap. 44)». Además, el Tribunal recuerda que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio [ver, entre otras, sentencias Johansen contra Noruega de 7 de agosto de 1996, y Bronda contra Italia, de 9 de junio de 1998 (TEDH 1998, 27)]; de donde concluye el Tribunal que «el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al convenio». Hay que poner de relieve que, en realidad, el Tribunal Europeo no condenó al otro progenitor sino al Estado alemán. Pero de estas sentencias se debe extraer la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (sentencia coincidente con la STEDH de Estrasburgo, Sala 1ª, de 11 de julio de 2000 (TEDH 2000, 150), caso Ciliz vs Países Bajos).*

habitual, sino que además se impide al padre relacionarse con su hijo menor, lo que sin duda produce daño moral, *que en nuestra opinión es de mayor repercusión en el hijo menor, por su situación de vulnerabilidad.*

Al respecto, para que exista responsabilidad se tienen que dar los presupuestos requeridos para ello, esto es, existencia de una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia. Claramente se aprecia que la conducta de la madre fue contraria a derecho impidiendo, en primer lugar, la relación del padre con el hijo, y en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia en la que se le otorgaba al padre la guarda y custodia del hijo. Por lo tanto su actuación se encaminó a impedir las relaciones paterno-filiales. En segundo lugar, la trascendencia de la existencia de un daño, en este caso daño moral, viene marcada principalmente por la actitud de la madre, al impedir que se lleve a cabo un derecho. Por tanto, hay que centrar la cuestión en que el cambio de residencia decidido unilateralmente por la madre, que no tiene la custodia, crea una situación que claramente la favorece en la relación con su hijo, impidiendo todo tipo de contacto con el padre, y es precisamente el impedimento que la madre mantiene para que el progenitor se relacione con su hijo lo que provoca el daño moral.

Asimismo, la jurisprudencia Española, ha considerado el daño continuado en estos casos. Estableciendo que *“para evaluar el comienzo del plazo prescriptivo se puede computar desde el momento en el que se produce el hecho que origina el resultado dañoso. O el momento en el que el daño se manifiesta, en el caso de daños diferidos cuando se conoce el alcance exacto de los daños”*¹²⁵.

Desde nuestra perspectiva, la alienación parental constituye una transgresión a los derechos de los hijos, que por su evidente vulnerabilidad y efectos en su desarrollo y formación, la no reparación podría converger incluso en la generación de daños permanentes en éstos.

¹²⁵ REGLERO CAMPOS, “La prescripción de la acción de reclamación de daños”, en Tratado de Responsabilidad Civil, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, pág. 651.

En ese sentido, la lógica que aborda la investigación va encarada hacia la reparación del daño de los hijos como parte del núcleo familiar, en situaciones de alienación parental; lo cual va vinculado indefectiblemente a la Constitución; entendiendo que la indemnización económica por el daño moral causado, establecida a favor del hijo, tras la vulneración del derecho, tendría la finalidad de otorgar a éste el tratamiento adecuado que permita restablecer su integridad psíquica.

La reparación del daño para el hijo, orientada a restablecer su integridad emocional afectada, tiene un carácter evidentemente preventivo no sólo a efectos de que se restituya la relación materno/paterno filial, sino también de que la conducta vulneradora deje de ejecutarse, evitándose de que se repita en un futuro. Para ello, es necesario el planteamiento de desarrollo constitucional que establezca la reparación del daño como garantía de los derechos de los hijos en su condición de miembros del núcleo familiar, en casos de alienación parental. De tal manera se precautela el ejercicio de los derechos fundamentales de los hijos inherentes a sus relaciones intrafamiliares.

3.4. PARÁMETROS QUE DEBE CONSIGNAR LA NORMA GARANTIZADORA, EN CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL

Como antecedente, ya en el año 1993 se llevó a cabo en Buenos Aires el 3er Congreso Internacional de Derechos de Daños y en el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998 de Argentina; se recomendó: *“La privación de la adecuada comunicación con los hijos por el progenitor, tenedor a quien no detenta la tenencia es una conducta antijurídica... La indemnización propiciada tiene la finalidad preventiva, resarcitoria y sancionadora. El monto de la indemnización debe ser fijado prudencialmente por el aquo con un criterio de equidad, considerando las condiciones personales de los involucrados, su patrimonio, la índole de la falta, las particularidades de los perjuicios y las circunstancias del caso concreto. El sujeto legitimado para ejercer la acción es el progenitor no*

*conviviente, no titular de la tenencia de los menores y el propio menor. El sujeto pasivo de esta acción es el progenitor titular de la tenencia de los menores. También están legitimados para reclamar resarcimiento por la privación del régimen de visitas los abuelos y hermanos del menor*¹²⁶. El proyecto de Reforma admitió la procedencia de acciones resarcitorias en el marco del Derecho de Familia, pero exige como factor de imputabilidad que se haya obrado con dolo o culpa grave¹²⁷.

Ahora bien, precedentemente se señaló la gravedad de la lesión que provoca la alienación parental ejercida contra los hijos dentro de conflictos familiares, emergentes de divorcio o separación de los padres o progenitores.

Obviamente, quedan fuera del análisis las medidas de carácter jurisdiccional en materia familiar que puedan adoptarse para lograr la efectiva concreción del régimen de visitas pautado, pues su finalidad no es la de reparar los daños inferidos. Acerca de la cuestión planteada, en primer lugar debe destacarse que hoy en día, a la luz de los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales en otros países, se ha eliminado la idea de que en la familia no se reparan los daños causados entre sus integrantes. Esto es así, dado que en la actualidad la evolución del Derecho de Familia ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del individuo familiar sujeto de derechos conforme el artículo 62 de la Constitución, en consecuencia, el sujeto familiar es, por sobre todas las cosas, una persona, y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otros, y se exima de

¹²⁶ Cita del Texto del Artículo antes mencionado de KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, Pág. 289

¹²⁷ Conf. MINYERSKY, NELLY, “*Daños y Perjuicios; incumplimiento alimentario y obstrucción al régimen de comunicación entre padres e hijos*” Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, volumen 20, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Pág. 59/72, ob. Cit., Pág. 72. Allí transcribe los siguientes artículos del Proyecto: Art. 1686, inc. a) “Sin perjuicio de disposiciones especiales, en los siguientes casos sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave: a) Si el daño, en los casos en que no está justificado, se producen en el ámbito de las relaciones de familia”, y Art. 1589, inc. d) que brinda en concepto de daño justificado: “En el ámbito de las relaciones familiares, si la admisión de una acción reparatoria puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros, y en su caso de la piedad filial”.

responder en virtud del vínculo familiar¹²⁸. Desde tal lógica, verificados los presupuestos de la responsabilidad civil, la víctima del daño deberá ser adecuadamente resarcida, pues como expresa Taraborrelli¹²⁹, *la familia contemporánea se ha convertido en un área donde el miembro que daña responde civilmente: y el status familiar no tiene por qué modificar radicalmente el sistema de la responsabilidad, por el contrario, puede ser un agravante de las consecuencias a cargo del responsable.*

Pues bien, tal cual se estableció antes, lo referido a los miembros del núcleo familiar como sujetos de derechos, en condiciones de igualdad, y por lo tanto la facultad que tienen de que se les resarzan o reparen los derechos vulnerados, se halla respaldado por el Artículo 62 de la Constitución, que expresamente refiere *la obligación del Estado de garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo integral de las familias y los derechos de todos los miembros del núcleo familiar en situación de igualdad.* En esa línea, sobre la base constitucional, no hay duda de que los mecanismos normativos deben propender a garantizar el desarrollo integral de las familias y de cada uno de sus componentes, independientemente de su edad o el rol que desempeñen en la familia. Asimismo, al reconocerse los derechos de las familias como derechos fundamentales, se concede a la víctima, en caso de vulneración de éstos, el derecho a la reparación del daño causado de manera oportuna conforme prevé el Artículo 113.I de la Norma Suprema.

En esa línea, podemos consignar como requisitos que habilitan la procedencia de la acción resarcitoria a los siguientes parámetros:

- a) **ANTI JURICIDAD.** El Artículo 62 de la Constitución prevé *la obligación del Estado de garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo integral*

¹²⁸ MEDINA, GRACIELA, “Daños en el derecho de familia”, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, Pág. 21.

¹²⁹ TARABORRELLI, JOSÉ N., “Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos (aspectos civiles y penales)”, JA. 1997-1, 869.

de las familias y los derechos de todos los miembros del núcleo familiar en situación de igualdad. En consecuencia, la Norma Suprema obliga al Estado a garantizar los derechos constitucionales de cada uno de los miembros del núcleo familiar como individuos en marco de sus relaciones internas.

Son derechos de los hijos dentro del núcleo familiar, los derechos reconocidos en la Norma Suprema y *los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo* (Artículo 58 de la Constitución). La normativa constitucional protege el derecho al desarrollo integral de toda niña, niño y adolescente (Artículo 59.I de la Constitución) así como la garantía de su interés superior (Artículo 60 de la Constitución).

La Norma Suprema prohíbe y sanciona toda forma de violencia en contra de las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad (Artículo 61.I de la Constitución). La Normativa Internacional prevé el derecho de los hijos a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres (Artículo 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño).

En materia de niñez y adolescencia la ley prevé el derecho de los hijos a la relación materno/paterno filial independientemente de la situación de divorcio o separación de los padres (Artículo 40 del Código Niña, Niño y Adolescente). En materia familiar se regula el derecho de visitas (Artículo 216¹³⁰ del Código de las familias y del Proceso Familiar). Finalmente, se

¹³⁰ “Artículo 216. (AUTORIDAD PARENTAL, DERECHO DE VISITA, SUPERVISIÓN Y TUTELA). I. La madre o el padre que no ha obtenido la guarda tiene el derecho y el deber de visita en las condiciones que fije la autoridad judicial y el de contribuir al desarrollo integral de las y los hijos. II. Si existiera un informe de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia que establezca que existe un grave riesgo para la integridad de las y los hijos o alguno de ellos, se suspenderá el derecho de visita. III. En los casos en los cuales la madre o el padre que ha obtenido la guarda no permita de forma recurrente por tres (3) veces consecutivas el derecho de visita, previa verificación de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, la autoridad judicial revocará la guarda y la confiará al otro cónyuge o un tercero. IV. En caso de que la o el hijo no quiera compartir con su padre o madre, se debe respetar su decisión, siempre que existan

establece como infracción por violencia contra niñas, niños y adolescentes, la utilización de éstos como objeto de presión, chantaje, hostigamiento en conflictos familiares (Artículo 153.I inc. d) del Código Niña, Niño y Adolescente).

La normativa señalada, protege el derecho a la relación parental de los hijos, así como el derecho al respeto a su integridad.

La vulneración de los artículos constitucionales, legislación infraconstitucional, e incluso normativa internacional de referencia, constituirá la configuración de conducta antijurídica vulneradora de los derechos de los hijos en situación de alienación parental.

- b) **FACTOR DE ATRIBUCIÓN.** En casos de alienación parental el hecho antijurídico debe ser atribuido a la madre o padre alienador.
- c) **DAÑO.** En la hipótesis analizada, los sujetos perjudicados son los hijos. Minyersky¹³¹ anota que para el hijo hay un claro daño moral y eventuales perjuicios a su salud psicofísica.
- d) **RELACIÓN DE CAUSALIDAD.** Para la procedencia de la acción reparadora, deberá existir una relación de causalidad entre el incumplimiento de la norma, el derecho de los hijos, y los daños verificados.

En conclusión, reunidos estos cuatro presupuestos clásicos, la acción reparadora de daños y perjuicios será procedente.

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

¹³¹ MINYERSKY, NELLY, “Daños y perjuicios; incumplimiento alimenticio y obstrucción al régimen de comunicación entre padres e hijos, *Derecho de Familia*”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Volumen 20, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Pág. 68.

Ahora bien, en cuanto a la legitimación, se atribuirá la legitimación pasiva el progenitor guardador que ejerce conductas que finalmente convergen en la llamada alienación parental. La legitimación activa o titular de la acción resarcitoria, será del propio hijo, menor de edad, para lo cual será necesaria la designación de un tutor, o ejercerá tal condición la madre o el padre que no tiene la guarda, y que no ha incurrido en la conducta vulneradora de los derechos del hijo.

La propuesta del presente estudio, se orienta a plantear a la reparación de daños como garantía de los derechos de los hijos en casos de alienación parental, para lo cual, será necesario considerar la base teórica antes citada que permita accionar la reparación del daño causado por transgresión de derechos fundamentales de los hijos, en el marco de sus relaciones familiares.

Esta acción deberá en consecuencia seguirse ante Juez Público en materia familiar, como autoridad judicial competente para definir la tenencia y situación de los hijos en casos de desvinculación conyugal de los padres.

El trámite, deberá seguirse por la vía incidental, cuando la madre, padre (que no tiene la guarda), una tercera persona que conozca de los hechos o la institución de defensa de los derechos de los hijos en representación de éstos, denuncie los extremos señalados ante la autoridad judicial que conozca el proceso de desvinculación conyugal de los padres a efectos de determinarse el daño causado al hijo y el resarcimiento correspondiente en contra del progenitor alienante, que tendrá por finalidad que el hijo víctima reciba un tratamiento médico adecuado, dependiendo del daño ocasionado, que permita el restablecimiento de su integridad afectada. Debiendo para ello, cumplirse mínimamente los requisitos de Antijuricidad, Factor de Atribución, Daño y Relación de Causalidad.

3.5. CRITERIOS APLICADOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO A CONSIDERAR

Sin perjuicio de lo antes expuesto, es necesario dejar claro que, tradicionalmente, la responsabilidad ha sido definida a partir de los efectos que el ilícito trae para el sujeto dañador: “*Ser responsables es soportar o sufrir las consecuencias de un acto*”¹³², lo que en términos más amplios se traduce en la posición que toma el Derecho respecto del sujeto dañador, el que define la responsabilidad: “*El Derecho aprehende la responsabilidad poniendo a cargo de una persona o de un grupo de personas la obligación jurídica de hacer frente a las consecuencias de una conducta*”¹³³. Es decir, el acento iusprivatista está puesto en el sujeto dañador y no en la víctima, a partir de lo cual se elabora la doctrina completa sobre la responsabilidad civil en el derecho privado. Esta tesis privatista fundamenta la responsabilidad poniendo frente a frente la obligación con la responsabilidad. Empero el Derecho Internacional Público ha recogido el principio antes enunciado basado en el derecho de la víctima, partiendo de una concepción distinta que bien podría ser considerada cuando hablamos de la reparación de daños por vulneración de derechos fundamentales, previstos en la Constitución boliviana, en casos de alienación parental, en función al artículo constitucional 113.I citado con anterioridad. Éste, sin duda, debiera ser un criterio elemental a considerarse para la determinación de daños, por vulneración de derechos fundamentales, para el ámbito jurisdiccional. En ese sentido, conviene hacer referencia a la concepción que el Sistema Interamericano asume cuando se trata de vulneración de derechos causantes de **daño moral**.

Sobre al *daño inmaterial* la Corte ha señalado que “*éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violaciones de derechos*

¹³² DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO., “*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*” (con especial atención a la reparación del daño), Cuadernos Civitas, 1995, Pág. 15.

¹³³Ibidem.

*humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad*¹³⁴. Por tanto, no se vincula el daño, con los “efectos psíquicos” u otro criterio muchas veces insuficiente para su valoración¹³⁵.

Desde sus inicios la Corte se ha inclinado –en términos generales– por la doctrina del daño moral como *pretium doloris*, esto es, establecer un vínculo directo entre el daño moral con el padecimiento y sufrimiento de la víctima¹³⁶. En todo caso, nos parece que en situaciones particulares podría acreditarse un daño mayor al “evidente” por medios de prueba particulares, por ejemplo, mediante peritajes médicos, testigos, u otros. Es importante considerar que la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado en esta materia, agregando una nueva perspectiva que, si bien no es completamente diferente al criterio antes señalado, lo amplía y permite una mejor resolución de esta temática. En efecto, en fallos recientes¹³⁷ se ha formulado un nuevo acercamiento al tema a través del detalle de los elementos que comprendería el daño moral¹³⁸.

Al respecto, la Corte ha señalado “*El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia*”¹³⁹. Como vemos, al concepto clásico vinculado a la aflicción, ya sea física o psíquica, ahora se agrega la idea de “*menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones*”; así como la idea de que dichas perturbaciones pueden afectar las condiciones de existencia de la víctima o su familia.

¹³⁴ Caso Velásquez Rodríguez – indemnización compensatoria, párr. 27.

¹³⁵ NASH ROJAS, CLAUDIO, “*La Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988- 2007)*”, segunda edición corregida y actualizada, Universidad de Chile, Facultad Derecho y Centro de Derechos Humanos, 2009, Pág. 48.

¹³⁶ Sigue este mismo criterio el fallo Caso Velásquez Rodríguez- indemnización compensatoria, párrs. 76 y 91, al momento de determinarlos beneficiarios de la indemnización y al momento de determinar su monto y seguido hasta el día de hoy.

¹³⁷ Caso Cantoral – reparaciones, párr. 53; Caso Villagrán Morales y otros – reparaciones, párr. 84, Caso Bámaca Velásquez – reparaciones, párr. 56; Caso Trujillo Oroza – reparaciones, párr. 77.

¹³⁸ “El mencionado daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria”, Caso Villagrán Morales y otros- reparaciones, párr. 84.

¹³⁹ Caso Bámaca Velásquez – reparaciones, párr. 56; Caso Trujillo Oroza – reparaciones, párr. 77

Al efecto, el menoscabo de valores no se circunscribiría a la aflicción psíquica, sino que comprendería una medición más objetiva, en cuanto al ilícito como un acto *per se* capaz de afectar la moral vigente, o bien la moral particular de un grupo determinado¹⁴⁰. Además, la referencia a “otras perturbaciones” y la afectación de “las condiciones de existencia de la víctima o su familia”, nos señala una ampliación a esferas ajenas al *pretium doloris* que aun la Corte no ha explorado con detalle, salvo en el tratamiento de la afectación al proyecto de vida como una afectación distinta al criterio - dolor -, dentro del daño moral.

Respecto de la **forma en que se deben reparar los daños inmateriales**, la Corte ha señalado un concepto amplio de reparación, que considera tanto compensaciones pecuniarias como otro tipo de medidas: *“El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto la recuperación de*

¹⁴⁰ En este sentido es clara la referencia a la cultura maya hecha en diversos fallos de reparaciones. Ver Caso Blake, párr. 115; Caso Bámaca Velásquez – reparaciones, párr. 81.

la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos”¹⁴¹.

Una cuestión que es interesante de explorar y ver qué alcances puede tener a futuro es la referencia que hace la Corte en un fallo acerca de los efectos de los daños inmateriales que “*además de haber afectado la integridad psíquica, habría impactado las relaciones sociales y laborales y alterado la dinámica de sus familias*”¹⁴². Esta referencia a la afectación de “relaciones” sociales y familiares así como a “la dinámica de sus familias” puede implicar a futuro una nueva ampliación de la idea de daños inmateriales, desvinculándose cada vez más de los estrechos márgenes del “dolor y sufrimiento”. En el mismo sentido, destacan en la jurisprudencia aquellas sentencias donde se ha puesto énfasis en la afectación de aspectos subjetivos de apreciación personal, producto de la violación de derechos sufrida por la víctima. Esta es una tendencia muy valorable en el sentido de tomar en cuenta a la víctima como un todo, donde la subjetividad y la autoestima deben ser elementos a considerar a la hora de determinar el alcance de las reparaciones. La Corte en el *Caso Gutiérrez Soler* señaló que “*está probado que la forma específica de tortura que la víctima sufrió no sólo ha dejado cicatrices físicas, sino también ha disminuido de manera permanente su autoestima y su capacidad de realizar y gozar relaciones afectivas íntimas*”¹⁴³. Asimismo, hay dos situaciones que son relevantes en este proceso de tomar en consideración las diferencias a la hora de determinar las compensaciones por daños inmateriales. Una primera situación la constituyen personas que, por su condición personal, se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en un caso relativo a una persona

¹⁴¹ Caso Molina Theissen, párr. 65. En el mismo sentido, en la jurisprudencia reciente, ver: Caso 19 Comerciantes, párr. 244; Caso Ricardo Canese, párr. 204; Caso Tibi, párr. 242; Caso Masacre Plan de Sánchez, párr. 80; Caso de las Hermanas Serrano Cruz, párr. 156; Caso Huilca Tecse, párr. 96; Caso Caesar, párr. 125; Caso de la Comunidad Moiwana, párr. 191; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 193; Caso Gutiérrez Soler, párr. 82; Caso de la “Masacre de Mapiripán”, párr. 282; Caso Palamara Iribarne, párr. 244; Caso Gómez Palomino, párr. 130; Caso Blanco Romero y otros, párr. 86; Caso Masacre de Pueblo Bello, párr. 254; Caso López Álvarez, párr. 199; Caso Acevedo Jaramillo y otros, párr. 308; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 219; Caso Baldeón García, párr. 188; Caso de las Masacres de Ituango, párr. 383; Caso Ximenes Lopes, párr. 227; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), párr. 130; Caso Servellón García y otros, párr. 179; Caso Goiburú y otros, párr. 156; Caso Vargas Areco, párr. 149; Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 430; Caso La Cantuta, párr. 216; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, párr. 175.

¹⁴² Caso Goiburú y otros, párr. 158.

¹⁴³ Caso Gutiérrez Soler, párr. 88.

con discapacidad mental, la Corte señaló: “*en lo que se refiere al señor Damião Ximenes Lopes, este Tribunal toma en cuenta para la determinación de la indemnización por concepto de daño inmaterial, que está probado que éste no recibió una atención médica ni tratamiento adecuados como paciente con discapacidad mental, quien por su condición era especialmente vulnerable, fue sometido a tratos crueles inhumanos y degradantes mientras estuvo hospitalizado en la Casa de Reposo Guararapes, situación que se vio agravada con su muerte*”¹⁴⁴.

En materia de **prueba del daño moral**, la Corte ha fijado ciertos criterios que a esta fecha parecen ser jurisprudencia constante y pacífica. En primer lugar, que la víctima de violaciones a los derechos humanos, tales como derecho a la vida, integridad personal, libertad personal, no debe acreditar haber sufrido daño moral, toda vez que “*resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a torturas, agresiones y vejámenes (...) experimente dolores corporales y un profundo sufrimiento*”.

Finalmente, a partir del fallo de reparaciones del *Caso Loayza Tamayo*, la Corte introdujo el concepto de: “**proyecto de vida**”. En efecto, dicho concepto fue vinculado por la Corte en dicho fallo a la idea de que una violación de los derechos convencionales puede tener no sólo efectos patrimoniales y de daño moral, sino que además puede afectar las proyecciones que la persona podía tener sobre su existencia al momento de producirse el ilícito¹⁴⁵. En términos de la propia Corte: “*el denominado -proyecto de vida- atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas*”¹⁴⁶. En otro fallo, el tema fue tratado en el ámbito de la reparación por daño moral y vinculado con “*las expectativas de desarrollo personal,*

¹⁴⁴ Caso Ximenes Lopes, párr. 237, letra a).

¹⁴⁵ Caso Loayza Tamayo – reparaciones, párrs. 144-154.

¹⁴⁶ Caso Loayza Tamayo – reparaciones, párr. 147.

*profesional y familiar, posibles en condiciones normales, que fueron interrumpidas de manera abrupta*¹⁴⁷. Con ello, parece que el proyecto de vida es considerado como un elemento a tener presente al momento de evaluar el monto de la indemnización por daño moral.

En una sentencia de 2005, la Corte vuelve a la idea del proyecto de vida. Nuevamente intenta delimitar sus alcances y lo relaciona tanto a la idea de “*expectativas de desarrollo personal y vocacional*”, así como a cuestiones de “*autoestima*”. En este caso la Corte tampoco lo cuantifica, pero hace algo interesante, ya que lo vincula con medidas de reparación inmaterial, concretamente, medidas tales como tratamiento médico y psicológico¹⁴⁸.

Todos estos parámetros deben constituirse en una línea rectora esencial, particularmente aplicable en el ámbito jurisdiccional, para la determinación de la reparación del daño por vulneraciones a derechos de las familias de los hijos, previstos en la Constitución como derechos fundamentales, en casos de alienación parental.

¹⁴⁷ Caso Tibi, párr. 245.

¹⁴⁸ Caso Gutiérrez Soler, párrs. 87-89 y 101-103.

CAPÍTULO QUINTO

CONCLUSIONES

La Constitución boliviana prevé el reconocimiento de los Derechos de las Familias como Derechos Fundamentales¹⁴⁹ siendo éstos de obligatoria protección por parte del Estado¹⁵⁰ que debe garantizar las condiciones sociales necesarias para lograr el desarrollo integral de las familias y el ejercicio de los derechos de todos los miembros del núcleo familiar en situación de igualdad. Ahora bien, la alienación parental resulta del ejercicio de conductas vulneradoras de los derechos de los hijos en el marco de sus relaciones familiares, ejercidas por los padres en situaciones de desvinculación conyugal, orientadas a impedir la relación materno/paterno filial, influyendo en la imagen que el hijo proyecta del padre o progenitor que no tiene la guarda, afectando su derecho a la relación parental y el respeto a su integridad. Al respecto, la normativa de desarrollo soslaya el deber de reparar los daños emergentes de los derechos afectados o transgredidos en situaciones de alienación parental, existiendo al respecto un vacío legal que impide garantizar de manera efectiva los derechos inherentes a los hijos en el marco de sus relaciones familiares.

En consideración a estos aspectos corresponde establecer las siguientes conclusiones:

1. El reconocimiento de los Derechos de las Familias como Derechos Fundamentales en la Constitución boliviana obliga al Estado a generar garantías para su cumplimiento.

¹⁴⁹ Artículos 62 y siguientes de la Constitución Boliviana de 2009.

¹⁵⁰ Artículo 17.1 del Pacto de San José de Costa Rica: “*La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad y el Estado*”.

2. La alienación parental es un desorden o trastorno ocasionado en los hijos, consecuencia de conductas obstaculizadoras de la relación parental ejercidas por los padres en situación de desvinculación conyugal.
3. No existe una garantía de los derechos de los hijos en casos de alienación parental.
4. La reparación del daño garantiza los derechos de los hijos en casos de alienación parental.

III. BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR CUENCA, JOSÉ MANUEL, "Síndrome de Alienación Parental", Almuzara, 2013.
2. AYALA BALDELOMAR, WILLIAM JOSUÉ, en MIRADAS, Nuevo Texto Constitucional, Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, Idea (Institute for Democracy and Electoral Assistance), "Quinta Parte, Jerarquía Normativa y Reforma de la Constitución, Análisis de la quinta parte de la Nueva Constitución Política del Estado: Primacía y reforma de la Constitución", La Paz- Bolivia, 2010.
3. BAUTISTA CASTELLANO, CARMEN LUCY, "Síndrome de Alienación Parental: Efectos Psicológicos", Tesis Psicológica N° 2, 2007, 54-72, aceptado Octubre 2 de 2007.
4. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "Teoría General de los Derechos Humanos", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
5. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "Familia y Derechos Humanos"
6. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "El panorama de los Derechos Humanos a fin de siglo".
7. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "Indemnización por daño Moral en caso de Adulterio".
8. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "Manual de la Constitución Reformada".
9. BORDA, GUILLERMO, Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la Separación personal y en el Divorcio, Ed. 147-813.
10. BOSSERT, GUSTAVO A. Y ZANNONI, EDUARDO A., "Manual de Derecho de Familia, 6ta edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 2004.
11. CARRASCO PERERA, ÁNGEL, "Derecho de Familia, Casos, reglas, argumentos", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
12. CLASIFICACIÓN ESTADÍSTICA INTERNACIONAL DE ENFERMEDADES Y PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA SALUD (Décima Versión) Volumen 1. CIE-10, Publicación Certificada N° 554. Organización Panamericana de la Salud, Whashington, D.C. E.U.A.
13. C. SEGURA, MJ GIL Y SEPÚLVEDA, MA., "El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil". The parental alienation syndrome: a way of mistreatment on children.
14. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Comentario Christian Steiner/Patricia Uribe (Editores), Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bolivia, Junio de 2014.
15. COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, "*Alienación Parental*", Primera edición, México, diciembre de 2011.

16. DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO., *“Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil”* (con especial atención a la reparación del daño), Cuadernos Civitas, 1995.
17. DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER, *“Estudios sobre los Derechos y sus Garantías en el Sistema Constitucional Español y en Europa”*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Primera Edición, México.
18. DÍAZ USANDIVARAS, CARLOS MARÍA, *“El síndrome de alienación parental: una forma sutil de violencia después de la separación o divorcio”*. RDF 2003-24-127.
19. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, XXII Edición, Madrid, 2001.
20. ESTEBAN, JORGE DE Y LÓPEZ GUERRA, LUIS, *“Crisis del Estado Franquista”*, Madrid - España, 1980.
21. FERRAJOLI, LUIGI, *“Razones Jurídicas del pacifismo”*, Traducción: Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta. 2004
22. FERRAJOLI, LUIGI, *“Los fundamentos de los derechos fundamentales”*, Estructuras y Procesos de Derecho, cuarta Edición, Editorial Trotta, octubre 2009.
23. FERRAJOLI, Luigi, *“El Garantismo y la filosofía del Derecho”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
24. FERRER RIBA, JOSEP, *Relaciones familiares y límites del Derecho de daños*, en, Cabanillas Sánchez, Antonio, et. Al (coord.), Madrid, 2003.
25. FIORAVANTI, MAURICIO, *“Los Derechos Fundamentales, Apuntes de historia de las constituciones”*, Editorial Trotta, 2003.
26. GARDNER, RICHARD A., *Recent Trends in Divorce and Custody Litigation, Child Custody Litigation: A Guide for Parents and Mental Health Professionals y The Parental Alienation Syndrome and the Differentiation between False and Genuine Child Sex Abuse*.
27. GELSI BIDART, ADOLFO, *“De Derechos, Deberes y Garantías del Hombre común”*, Editorial BdeF, Montevideo Buenos Aires, 2006.
28. GIL, GABRIELA FERNANDA, *“El incumplimiento del régimen de visitas y las astreintes”*, LLBA 1998.
29. GUASTINI, RICCARDO, *“Estudios de teoría constitucional”*, Universidad Nacional Autónoma de México editores, México D.F., 2001.
30. HERNÁNDEZ RIVERO, FRANCISCO., *“El Interés del menor”*, Editorial Dykinson, 2007.
31. KELSEN, HANS, *“La garantía Jurisdiccional de la Constitución”*, Traducción: Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2002.

32. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “*Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana*”, Revista de Derecho de Daños 2001-2. P. 285/310
33. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “El derecho de la Familia y los nuevos Paradigmas”, Tomo I, 1999.
34. MAKIANICH DE BASSET, LIDIA N., “*Derecho de Visitas*”, Hamurabl, 1993
35. MEDINA, GRACIELA, “Daños en el Derecho de Familia”, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 2002.
36. MEDINA, GRACIELA, “Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor guardador”, abril 2009.
37. MEDINA, GRACIELA, Responsabilidad y Derecho de Familia, Daños entre cónyuges durante la vigencia del matrimonio y la disolución por muerte, Daños entre padres e hijos, Visión jurisprudencial de USA, Ed. 191-809.
38. MENDOZA ALONZO, PAMELA, Daños Morales por Infidelidad Matrimonial. Un acercamiento al Derecho Español, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol. 2 N° 2, 2011.
39. MINYERSKY, NELLY, en *Daños y perjuicios; incumplimiento alimenticio y obstrucción al régimen de comunicación entre padres e hijos*, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Volumen 20, Lexis Nexis Abeledo Perrot.
40. NASH ROJAS, CLAUDIO, “La Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988- 2007), segunda edición corregida y actualizada, Universidad de Chile, Facultad Derecho y Centro de Derechos Humanos, 2009.
41. PECES-BARBA, GREGORIO, “*Lecciones sobre Derechos Fundamentales*”, Madrid – España, 3ra. Edición.
42. PÉREZ CONTRERAS, MARÍA MONTSERRAT, “Derecho de los Padres y de los Hijos”, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000.
43. PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., “Los Derechos Fundamentales”, Octava Edición, Tecnos, Madrid-España, 2004.
44. PÉREZ CONTRERAS, MARÍA MONTSERRAT, “Derecho de los Padres y de los Hijos”, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000.
45. REGLERO CAMPOS, “*La prescripción de la acción de reclamación de daños*”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006.

46. RIVAS, MARÍA FERNANDA, “*Algunas reflexiones respecto de los impedimentos de contacto con el progenitor no conviviente*”, Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, volumen 17, Abeledo Perrot.
47. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “La Constitución como Fuente de Derecho”, Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos, compilador: Carbonell, Miguel, Editorial Porrúa, México, 2008.
48. RUSSO, EDUARDO ÁNGEL, “Derechos Humanos y Garantías, el Derecho al mañana”, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 1º edición, abril 2001.
49. SEGURA, C, GIL. MJ. Y SEPÚLVEDA MA., “*El Síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil*”, 2006.
50. TARABORRELLI, JOSÉ N., “*Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos (aspectos civiles y penales)*”, JA. 1997-1, 869.
51. TEJEDOR, ASUNCIÓN (2007), “*El Síndrome de Alienación Parental. Una Forma de Maltrato*”, Editorial EOS, Madrid, España.
52. VENTURA ROBLES, MANUEL, Contribución del Juez Héctor fix-zamudio a la Evolución Institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante los años 1987 – 1997, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.
53. VICENTE DOMINGO, E., “*El daño*”, en Tratado de Responsabilidad Civil, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006.

PÁGINAS WEB

1. ABEYA GILARDON, ENRIQUE, DEL PINTO, MARIANA, DI CANDIA, ALICIA, FANO, VIRGINIA, KRUPITZKY, FERNÁNDEZ, MARÍA ISABEL y ORAZI, VIRGINIA, “*El desarrollo del niño, Una definición para la reflexión y la acción*”, Comité Nacional de Crecimiento y desarrollo, Agosto 2004, Buenos Aires – Argentina, (Fecha de consulta: 07 julio 2018). Disponible en: www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0325-00752004000400014.
2. AGUILERA PORTALES, RAFAEL ENRIQUE, “*Estado Constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional*”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pág. 24 y 25, (Fecha de consulta: 09 de julio 2018). Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/3.pdf>.
3. ANZOÁTEGUI, IGNACIO, “*Algunas Consideraciones Respecto de las Funciones del Derecho de Daños*”, (Fecha de consulta: 07 julio 2018). Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/07-ensayo-anzoategui.pdf>

4. ARANGO OLAYA, MÓNICA, “*El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*”, (Fecha de consulta: 05 julio 2018). Disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>.
5. Carta de la Naciones Unidas, (Fecha de consulta: 06 julio 2018). Disponible en: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>.
6. Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (Décima Versión) Volumen 1. CIE-10, Publicación Certificada N° 554. Organización Panamericana de la Salud, Whashington, D.C. E.U.A., (Fecha de la consulta: 10 de mayo 2018). Disponible en: [iris.paho.org>xmlui handle>Volumen1](http://iris.paho.org/xmlui/handle/Volumen1)
7. Constitución de Querétaro de 1917, (Fecha de consulta: 06 julio 2018), Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf>
8. Constitución de Weimar de 1919, (Fecha de consulta: 06 julio 2018), Disponible en: <https://www.jsd.mx/index.php/recursos-clases/1262-constitucion-del-imperio-aleman-constitucion-de-weimar-de-1919>
9. FIALLO, MEMELLA, Justicia Infantil: Organización Mundial de la Salud reconoce la “Alienación Parental”, Actualizado en Junio 29, 2018, (Fecha de la consulta: 21 de julio 2018). Disponible en: <https://joveneshacerpolitica.tn/2018/07/02/organizacion-mundial-de-la-salud-reconoce-la-alienacion-parental/>
10. LÓPEZ CONTRERAS, RONY EULALIO, (2015), “*Interés Superior de los niños y niñas: Definición y contenido*”, Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1), Págs. 53-55, (Fecha de Publicación: 07 julio 2018). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>
11. MEDINA, GRACIELA, “*Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor guardador*”, abril 2009, (Fecha de consulta: 08 de septiembre 2017). Disponible en: www.gracielamedina.com, por.
12. MEZA HURTADO, ARTEMIO DANIEL, “*El denominado Bloque de Constitucionalidad como parámetro de Interpretación Constitucional, ¿Es Necesario en el Perú?*”, (Fecha de consulta: 05 julio 2018). Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurtado.pdf?MOD=AJPERES>.
13. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Fecha de consulta: 10 de julio 2018). Disponible en: <https://ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
14. RUIZ, JOSÉ FABIÁN, “*¿Por qué Prevalece el Estado de Derecho? Una aproximación comparada a las explicaciones Centradas en la Cultura de la legalidad*”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (Fecha de consulta: 07 julio 2018), Disponible en: <https://ac.els-cdn.com/S004186331371127X/1-s2.0->

[S004186331371127X-main.pdf?_tid=691a769c-8a36-4eef-b771-f24865cad2d4&acdnat=1530568308_815d6ca551ff80147f9e4d94304ac6aa](http://www2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20revista%20juridica/Revista%20Juridica%2008-09/articulos/derechoshumanos.pdf?_tid=691a769c-8a36-4eef-b771-f24865cad2d4&acdnat=1530568308_815d6ca551ff80147f9e4d94304ac6aa).

15. VELÁSQUEZ RIVERA, RICARDO, “*Derechos Humanos y Administración de Justicia*”, Organismo Judicial de Guatemala, Revista Jurídica 2008-2009, Pág. 1, citando a Gregorio Peces – Barba, (Fecha de consulta: 06 julio 2018). Disponible en: <http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20revista%20juridica/Revista%20Juridica%2008-09/articulos/derechoshumanos.pdf>

NORMAS

1. Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos
3. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
4. Convención sobre los Derechos del Niño
5. Código de las Familias y del Proceso Familiar (Ley N° 603 de 19 de noviembre de 2014)
6. Código Niña, Niño y Adolescente, Ley N° 548 de 17 de Julio de 2014.
7. Declaración Universal de Derechos Humanos
8. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
9. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
10. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo
11. Ley del Notariado Plurinacional N° 483, de 25 de enero de 2014.