

**UNIVERSIDAD AMAZÓNICA DE PANDO**

**ÁREA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

**CARRERA DE DERECHO**



**BUENA FE ENTRE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA PARA  
SUSTENTAR UNA ACCIÓN INDEMNIZATORIA**

**TITULACIÓN VIA DIPLOMADO - MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL  
GRADO ACADÉMICO DE LICENCIATURA EN DERECHO**

**POSTULANTE:**

**Aldo Orellana Lima**

**COBIJA – PANDO – BOLIVIA**

**2021**

## RESUMEN

En la presente monografía, se argumentó la buena fe para sustentar la indemnización por daños intrafamiliar, pese a la ausencia de la buena fe en el código de las familias, se utilizó cómo argumentos la buena fe en el derecho civil, específicamente la buena fe en los derechos reales y derecho de contrato.

La buena fe permitió determinar que los miembros de una familia tienen el deber de comportarse leal y correctamente en el cumplimiento de los deberes y obligaciones que tiene entre sí, de manera que un comportamiento desleal permitirá fundamentar una acción indemnizatoria por incumplimiento a los deberes familiares.

Se desarrolló la buena fe como la ausencia de ésta dentro de la familia, así como los efectos físicos, psicológicos, morales que causan en los miembros de la familia, específicamente en los hijos, los convivientes y los cónyuges.

Se fundamentó la indemnización cuando la buena fe familiar fue afectada, utilizando el derecho comparado, la doctrina, la jurisprudencia internacional, ensayos e investigaciones al respecto.

Finalmente, se estableció las bases doctrinales para la indemnización, cimentadas en los principios de alterum non laedere, el daño, la antijuricidad, el factor de atribución y la relación de causalidad, las cuales podrán ser utilizadas para la elaboración de una ley nacional, ley que tendría el propósito de educar y fomentar la comunicación, la lealtad, la fidelidad, confianza, la rectitud entre los miembros de la familia boliviana.

**PALABRAS CLAVES:** buena fe, familia e indemnización.

## **ABSTRACT**

In this monograph, good faith was argued to support compensation for intrafamily damages, despite the absence of good faith in the family code, good faith in civil law was used as arguments, specifically good faith in real rights and contract law.

Good faith made it possible to determine that the members of a family have the duty to behave loyally and correctly in the fulfillment of the duties and obligations that they have among themselves, so that an unfair behavior will allow to base a compensation action for non-compliance with family duties.

Good faith was developed as the absence of it within the family, as well as the physical, psychological and moral effects that they cause on family members, specifically on children, partners and spouses.

The compensation was based when the good faith of the family was affected, using comparative law, doctrine, international jurisprudence, tests and investigations in this regard.

Finally, the doctrinal bases for compensation were established, based on the principles of *alterum non laedere*, damage, unlawfulness, the attribution factor and the causal relationship, which may be used for the development of a national law, law that would have the purpose of educating and fostering communication, loyalty, fidelity, trust, and righteousness among the members of the Bolivian family.

**KEY WORDS:** good faith, family and compensation.

## **DEDICATORIA**

*A la memoria de mi madre María Elena Lima Roca (1952 - 2008) y mi padre Dr. Emigdio Orellana Góngora (1921 - 2003) con todo el amor del mundo, tu hijo Aldo Orellana Lima.*

*Al Gran Arquitecto del Universo, con todo temor y con todo amor, por la fuerza de seguir adelante y cumplir unos de mis sueños.*

*A mis hijas María Alejandra Orellana Roca y Sharon Elena Orellana Roca, por el amor más puro e incondicional, razón de mi existencia.*

*A mi hermana Aida Orellana Lima, por el cariño y el apoyo moral, ejemplo de perseverancia.*

## AGRADECIMIENTOS

Mateo 25:36-40

Estuve desnudo, y me cubristeis; enfermo, y me visitasteis; en la cárcel, y vinisteis a mí. Entonces los justos le responderán diciendo: Señor, ¿cuándo te vimos hambriento, y te sustentamos, o sediento, y te dimos de beber? ¿Y cuándo te vimos forastero, y te recogimos, o desnudo, y te cubrimos? ¿O cuándo te vimos enfermo, o en la cárcel, y vinimos a ti? Y respondiendo el Rey, les dirá: De cierto os digo que en cuanto lo hicisteis a uno de estos mis hermanos más pequeños, a mí lo hicisteis.

Estuve enfermo y me visitaste, gracias hermano Ing. Co. Maiko Ribera Mariaca, por el apoyo moral, anímico, consejos, cariño, sobre todo por la amistad brindada en los momentos más difíciles de mi vida.

Muchas gracias Respetable Hermano Dr. Sc. Juan Carlos Gómez Gonzales, por la sabiduría, conocimiento, amistad, consejos, apoyo en todo sentido y el cariño.

Al Dr. Mario Vargas Morales, por el cariño, amistad, desprendimiento, por dar la mano al necesitado y a quienes sin pedírsela la extiende.

Al Dr. Ricardo Franz Ojopi Seeghers, Cap. Valentín Alegre Veliz, M. Sc. Roberto Gregorio Pardo Zaballos, Carlos Arias, Carlos Vidal Matienzo, Dra. Rosilvia Arauz Tanaka, por el aprecio, cariño, el mutuo respeto, hermandad, amistad y apoyo en todo sentido.

Un especial agradecimiento al Cap. Valentín Alegre Veliz en representación de la “Respetable Benemérita y Centenaria Logia Simbólica Bolívar N° 8”, por su apoyo moral y económico que me brindaron para afrontar la enfermedad del COVID – 19.

Cariño especial a la Universidad Amazónica de Pando, por su gran aporte al conocimiento y engrandecimiento de nuestro departamento.

## ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	1
1. JUSTIFICACIÓN.....	2
2. EL PROBLEMA A INVESTIGAR.....	3
2.1. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	3
2.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA. ....	3
2.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA CIENTÍFICO.....	3
2.3.1. Pregunta principal: .....	3
2.3.2. Preguntas secundarias: .....	3
2.4. DEFINICIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	4
2.4.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA BUENA FE.....	5
2.4.1.1. Buena Fe en el Derecho Romano. ....	5
2.4.1.2. La Buena Fe en el Derecho Canónico. ....	7
2.4.1.3. En el Positivismo.....	7
2.4.1.4. En la actualidad. ....	8
3. OBJETIVOS.....	9
3.1. OBJETIVO GENERAL.....	9
3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	9
4. SUSTENTO TEÓRICO, DEBATE Y REFLEXIÓN. ....	10
4.1. FUNDAMENTOS DE LA BUENA FE PARA SUSTENTAR UNA ACCIÓN INDEMNIZATORIA.....	10
4.1.1. Fundamentos de la Buena fe objetiva para sustentar una acción indemnizatoria. ...	11
4.1.2. Fundamentos de la Buena fe subjetiva para sustentar una acción indemnizatoria...	13
4.2. EFECTOS EN LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA.....	14
4.2.1. Efectos en los hijos.....	14
4.2.1.1. Efectos en el reconocimiento de hijos extramatrimoniales. ....	15
4.2.1.2. Efectos en los hijos no custodio. ....	15
4.2.2. Efectos en los cónyuges y convivientes. ....	15
4.3. SUSTENTAR LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA. ....	16
4.3.1. El principio de alterum non laedere. ....	17
4.3.2. Sustentar el daño en la acción indemnizatoria. ....	17

4.3.2.1. Clasificación de los daños en las relaciones de familia.....	20
4.3.2.2. Tipos de Daño.....	21
4.3.2.2.1. Daño Extrapatrimonial o Moral.....	21
4.3.2.2.2. Daño Patrimonial.....	23
4.3.2.3. Los Elementos que integran el Daño Moral.....	24
4.3.3. Sustentar la Antijuricidad en una acción indemnizatoria por la buena fe.....	25
4.3.4. Sustentar el factor de atribución en una acción indemnizatoria por la buena fe.....	26
4.3.4.1. Factores subjetivos.....	26
4.3.4.1.1. La culpa.....	26
4.3.4.1.2. El dolo.....	27
4.3.4.2. Factores objetivos.....	27
4.3.4.2.1. Equidad.....	28
4.3.4.2.2. Seguridad.....	28
4.3.4.2.3. Garantía.....	28
4.3.4.2.4. Abuso del derecho.....	28
4.3.4.2.5. Riesgo.....	29
4.3.5. Sustentar la relación de causalidad en una acción indemnizatoria por la buena fe.....	29
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	31
5.1. CONCLUSIONES GENERALES.....	31
5.2. RECOMENDACIONES.....	32
6. APORTE CIENTIFICO Y SOCIAL DE LA INVESTIGACIÓN.....	33
7. BIBLIOGRAFÍA.....	34

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación monográfica jurídica titulada **“BUENA FE ENTRE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA PARA SUSTENTAR UNA ACCIÓN INDEMNIZATORIA”** constituye una modalidad de graduación, requisito para la titulación Vía Diplomado del Área de Ciencias Jurídicas y Políticas, a efecto de extender el título de Grado Académico que exige la Universidad Amazónica de Pando previo a obtener el título de abogado.

La presente investigación estudia la buena fe como el argumento principal para iniciar una acción legal de indemnización por daños causados a los miembros de la familia.

Existe falta de buena fe por parte de los miembros de la familia al momento de cumplir con los deberes familiares, causando daño intrafamiliar y por ende a la sociedad.

Los fundamentos de la buena fe para sustentar la acción indemnizatoria entre los miembros de la familia, podría generar, fundar, aportar, contribuir con una nueva figura jurídica dentro del derecho familiar boliviano.

La monografía contemplará de manera enunciativa: Antecedentes del problema, Pregunta científica de investigación, Objeto de estudio, Objetivo general y específicos, Explicación de los métodos teóricos empleados donde se explicará el paradigma, el enfoque de investigación, el tipo de investigación, los métodos teóricos, las técnicas, breve reseña del sustento teórico, justificación de la investigación, alcance, novedad teórica.

## **1. JUSTIFICACIÓN.**

Este trabajo es de suma importancia puesto que nuestra legislación no contempla los argumentos y la acción indemnizatoria ante el incumplimiento de los deberes familiares por falta de buena fe de los miembros de la familia.

El estímulo para la realización del presente trabajo, se debe a protección que se le debe dar a la familia, la cual son el núcleo de la sociedad, en la situación de que fueran infringidos sus derechos, puedan acceder al pago indemnizatorio por daños.

El presente trabajo trae nuevos argumentos y fundamentos dentro del principio de la buena fe, así como la posibilidad de integrar la acción de indemnización dentro del Derecho Familiar.

Los fundamentos y argumentos de la buena fe como causales para la acción de indemnización, sirven como instrumentos, herramientas, para generar, crear, forjar una nueva figura jurídica dentro de la legislación boliviana y del derecho familiar, inclusive podría ser la punta del iceberg, la justificación para que los legisladores la positivisen.

Este trabajo de investigación podría incentivar, estimular, educar, instruir a la sociedad para el cumplimiento de los deberes familiares por la falta de la buena fe, sean estas por iniciativa propia o por una sanción pecuniaria indemnizatoria. El propósito de esta investigación radica en establecer dentro del derecho de familia boliviana la buena fe como un principio disciplinario y determinante, para establecer los argumentos y afirmaciones de la procedencia de una acción de responsabilidad familiar en caso de daño intrafamiliar.

## **2. EL PROBLEMA A INVESTIGAR.**

La buena fe entre los miembros de la familia para sustentar una acción indemnizatoria.

### **2.1. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.**

Dentro del derecho familiar, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia boliviana, no existen argumentos fundamentales para realizar una acción indemnizatoria como consecuencia del daño causado por el incumplimiento de los deberes familiares.

La falta de fidelidad entre los convivientes y cónyuges, el no reconocimiento voluntario del hijo, el incumplimiento de los deberes familiares dentro de la unión libre o matrimonial, la falta de comunicación del padre o la madre no custodio del menor, la obligación de la asistencia familiar, causan a los familiares: daño moral, anímico, psicológico, sufrimiento, angustia, amargura, aflicción, consternación, desesperación. La ausencia de argumentos, fundamentos jurídicos, doctrinarios, en nuestra legislación sobre la buena fe para proceder con una acción indemnizatoria, hace que nuestra sociedad no tome conciencia del daño que esta provoca en el núcleo familiar.

### **2.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.**

**Situación crítica (¿Qué?):** la buena fe.

**Delimitación geográfica (¿Dónde?):** en Bolivia

**Delimitación temporal (¿Cuándo?):** 2021

**Población involucrada (¿Quiénes?):** los miembros de la familia.

**Posible consecuencia (¿Efectos?):** acción indemnizatoria.

### **2.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA CIENTÍFICO.**

#### **2.3.1. Pregunta principal:**

¿Qué fundamentos tiene la buena fe entre los miembros de la familia en Bolivia durante la gestión 2021 para sustentar una acción indemnizatoria?

#### **2.3.2. Preguntas secundarias:**

¿Cuáles son los fundamentos de la buena fe para sustentar una acción indemnizatoria?

¿Cómo serían afectados los miembros de la familia por la buena fe?

¿Cómo se debería sustentar una acción indemnizatoria por la buena fe?

#### **2.4. DEFINICIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.**

La definición de buena fe es una de las que más dificultades presenta a todo aquel que lo intenta abordar. Esta dificultad proviene del hecho de que la buena fe tiene una vastísima aplicación en todos los ordenamientos jurídicos, manifestándose de diversas formas, cumpliendo un sinnúmero de funciones.

Curiosamente en nuestro derecho familiar desde el punto de vista cuantitativo, el concepto de buena fe es uno de los menos utilizados por el Código de Familias y Procedimientos Familiares: son siete los artículos que hacen referencia expresa a la buena fe. Las materias en que actúa la buena fe son: los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas en el matrimonio no registrado, los derechos de terceros que hayan contratado de buena fe con los cónyuges, responsabilidad por los daños materiales o a la dignidad que haya sufrido la o el cónyuge de buena fe y en la colusión.

La conceptualización de la buena fe no puede establecerse en una definición, sino que estará dada por su asimilación con los valores que encarna y se identifican con ella. Así, debemos entonces quedar satisfechos con intentar dar luces acerca del contenido axiomático del principio, lo que nos permitirá determinar cuándo nos encontramos en presencia de buena o mala fe. Por lo demás, intentar una definición que abarque de manera completa a la buena fe, haría perder a ella una de sus principales características.

La legislación boliviana no ha dado una definición genérica de la buena fe, por lo que trataremos en ausencia de una definición legal de indagar el artículo 93 párrafo II del Código Civil Boliviano: “la buena fe se presume; y quien alega que hubo mala fe, debe probarla.”. Para tener una aproximación, el diccionario jurídico boliviano define a la buena fe como rectitud, honradez, hombría de bien, buen proceder. Creencia o persuasión personal de que aquel de quien se recibe una cosa, por título lucrativo u oneroso, es dueño legítimo de ella y puede transferir el dominio. (Cabanellas, 2011).

El diccionario panhispánico del español jurídico, define que la buena fe es el estándar de conducta ética que debe presidir el ejercicio de los derechos subjetivos, los

procedimientos, las prácticas administrativas y procesales. (Real Academia Española, 2020)

Por su parte, el Black'S Law Dictionary indica que la buena fe (good faith) sería “la debida diligencia legalmente vinculante en torno al esfuerzo realizado, la información proporcionada o la transacción realizada, de manera honesta, objetiva, sin la intención deliberada de defraudar a la otra parte. Sin embargo, esto no cubre un pecado de omisión, algo hecho o no hecho por negligencia. También conocido como bona fides, implícito por ley en los contratos comerciales”, por lo que podemos apreciar la buena fe es un “estado de mente” (o si se quiere conciencia) que se relaciona con la honestidad, fidelidad con la obligación asumida. Esta misma publicación indica que el término buena fe en la ejecución de obligaciones enfatiza la fidelidad al propósito común acordado y la consistencia con las expectativas justificadas de la otra parte, excluyendo los varios tipos de conductas que envuelven la mala fe porque violan los entandares de decencia, justicia o razonabilidad. (Black's Law Dictionary Free, 1891).

#### **2.4.1. Origen y Evolución Histórica de la Buena Fe.**

##### **2.4.1.1. Buena Fe en el Derecho Romano.**

En términos generales, la fides (fe) influenciaba prácticamente la totalidad de los distintos ámbitos de la realidad romana, abarcando campos tan disimiles como la religión (existiendo un culto a la Diosa Fides), las relaciones políticas e internacionales y también los institutos jurídico-privados". Con todo, se puede señalar que la fides suponía siempre, en todos los ámbitos en que actuaba, un "hacer lo que se dice", un "cumplir con lo que se promete", o bien "tener palabra", generándose así una confianza o un estado de confianza. En este sentido, CICERON definió la fides como "la actitud perseverante y veraz ante las palabras pronunciadas o los acuerdos celebrados", lo que siglos después fue reafirmado por BETTI al indicar que el concepto consistía en el "hábito de firmeza y de coherencia de quien sabe recordar los compromisos asumidos mediante declaraciones o acuerdos". (Boetsch Guillet, 2015, pág. 27).

Luego, en los distintos textos romanos se comienza a ocupar la locución *bona fides*, lo que añadiría una idea de solidez o seguridad respecto de la simple *fides*. Se estima que la *bona fides* surgió debido a la difusión de los negocios internacionales en el ordenamiento romano y de la inexistencia de una formalidad que permitiera la interferencia del Estado (*actio*) en las relaciones negociales, pues ellas presentaban, en la mayoría de las veces, características consensuales.

De esta manera la *bona fides* pasa a ser un concepto netamente jurídico, esto es, “una creación procesal de la experiencia jurídica” romana cuyas características más relevantes son su naturaleza unitaria, jurídica y procesal.

En el primitivo Derecho Romano, de carácter formalista y ritualista, el concepto de *bona fides* se encontraba reducido a un mínimo, sin tener mayores repercusiones de índole jurídica. MEDINA señala que el sentido principal de la buena fe parece haber permanecido ligado a la noción de equidad y probidad en las relaciones de derecho, configurándose como lo contrario al dolo y al fraude. En el proceso formulario la buena fe comenzó a tener aplicación práctica y una debida protección legal a través de la *exceptio doli*, que tenía por objeto enervar las acciones deducidas de manera dolosa (Boetsch Guillet, 2015, pág. 28).

Es en el Derecho Romano clásico donde los juristas comienzan a acuñar una noción más clara y jurídica de la buena fe, basándola en un claro contenido ético.

Es en esta época donde aparecen, por un lado, en el ámbito de las obligaciones, los *bonal fidei negotia*, que se identifica con lo que comúnmente se denomina buena fe objetiva, y a la vez aparece, en materia posesoria, una noción de buena fe fundada en un estado de ignorancia y de error excusable, lo que hoy se identifica con la buena fe subjetiva.

Por último, en la etapa de la Codificación, existiría un concepto unitario de la buena fe. Así, que la *bona fides* siempre conserva la significación fundamental de lealtad, confianza, intención leal y honesta, tanto en la *bonae fidei*

negotium, contractus, actio, bona fide emere, trajere, accipere, occupare, possidere. Por lo tanto, existe una unidad de origen y fundamento, pese a las múltiples aplicaciones que este instituto encuentra en el Derecho. (Boetsch Guillet, 2015, pág. 29).

#### **2.4.1.2. La Buena Fe en el Derecho Canónico.**

Gracias al derecho canónico, la buena fe adquirió los caracteres de principio general del derecho, en este periodo la buena fe influye en materias como matrimonio, acciones, posesión, prescripción y contratos.

Medina, observa que en esta época se produce una particular clasificación de la buena fe. Por una parte, la buena fe jurídica, el conjunto de reglas que las legislaciones consagran sobre la buena fe. Por otra, existiría la buena fe teológica, que, al contrario de la jurídica, existe solo en el fuero interno y no se encuentra sometida a normas legislativas de ninguna especie; si la ley civil llegara a reglamentarla deja automáticamente de ser buena fe teológica, para transformarse en buena fe jurídica. No deja de tener interés práctico, esta clasificación, pues nos demuestra que la buena fe, como principio general del derecho que es, tiene plena aplicación, sea que se encuentre o no contenida en una norma positiva.

#### **2.4.1.3. En el Positivismo.**

El positivismo da la posibilidad al legislador de poder regular todas y cada una de las situaciones que se podían dar en el tráfico jurídico, lo que obligó a recurrir a los principios jurídicos como una “válvula”, en la cual el juez podría encontrar la solución a problemas no regulados de manera expresa.

De esta manera la buena fe comenzó a regular situaciones como: la posesión de buena fe, el matrimonio putativo, la ejecución de buena fe de los contratos, etc.

La codificación que más influyó en la legislación boliviana, principalmente en el código civil fue la francesa.

#### **2.4.1.4. En la actualidad.**

Si bien existe alusiones y aplicaciones prácticas del principio de buena fe en nuestro código civil, y prácticamente nada en nuestro código de familias y procedimientos familiares, limitándose prácticamente solo a la buena fe de los sujetos procesales, no contiene una norma expresa que los instituya como principio general, a diferencias de otras legislaciones.

Por todo lo expuesto se puede decir que la buena fe se encuentra íntimamente asociada a una serie de valores de que una u otra forma establecen el estándar del principio, a saber: honradez, corrección, rectitud, veracidad, confianza legítima, coherencia y racionalidad.

### **3. OBJETIVOS.**

#### **3.1. OBJETIVO GENERAL.**

Caracterizar los fundamentos de la buena fe entre los miembros de la familia para sustentar una acción indemnizatoria.

#### **3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

- ✓ Determinar los fundamentos de la buena fe para sustentar una acción indemnizatoria.
- ✓ Establecer los efectos en los miembros de la familia por la buena fe
- ✓ Caracterizar cómo se debería sustentar una acción indemnizatoria por la buena fe.

## **4. SUSTENTO TEÓRICO, DEBATE Y REFLEXIÓN.**

### **4.1. FUNDAMENTOS DE LA BUENA FE PARA SUSTENTAR UNA ACCIÓN INDEMNIZATORIA.**

Desde las primeras aproximaciones al estudio del derecho civil se menciona a la buena fe como uno de los principios que informan esta disciplina. Como explica Carlos Ducci, en nuestro derecho privado se protege la buena fe y se castiga la mala fe; agrega que en nuestro sistema son tantas las disposiciones en las que se alude a la buena y la mala fe, que es posible sostener que la protección de la buena fe y la sanción de la mala fe constituyen un principio general de nuestro derecho privado (Opazo Gonzales, 2020, pág. 4).

Es posible identificar dos dimensiones de la buena fe: una protectora y otra prescriptiva; la primera se refiere a un motivo para beneficiar a una persona que, aunque esté equivocada, pensaba que procedía correctamente; la segunda apunta a un criterio de conducta, es decir, señala la forma en que debe proceder una determinada persona, comparándose su comportamiento con aquel que se hubiera esperado de una persona media que actúa leal y rectamente (Opazo Gonzales, 2020, pág. 4).

De esta manera, en una primera aproximación, se acostumbra a distinguir entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva; la primera dice relación con una convicción interna de estar actuando conforme a derecho, mientras que la segunda se refiere a un comportamiento leal y correcto (Opazo Gonzales, 2020, pág. 5).

La buena fe en el derecho se distingue en buena fe objetiva y buena fe subjetiva, el primer tipo se refiere a la buena fe debida entre personas relacionadas jurídicamente, en especial, en lo contractual. El segundo se refiere a la misma creencia del sujeto de poseer legítimamente un derecho.

Esta distinción entre buena fe objetiva y subjetiva tendría sus raíces en el derecho romano. Como explica Martha Neme, la primera sería de más antigua data, pues la noción originaria de buena fe siempre estuvo vinculada al deber de comportamiento probo y leal frente a la otra parte del contrato, mientras que la noción de buena fe subjetiva aparece a propósito de la usucapio en cuanto tutela la posesión del comprador, y su ejercicio supone la existencia de buena fe por parte de él al momento de la

celebración del contrato; en consecuencia, dicha exigencia de buena fe fue una utilización particular de la buena fe contractual adaptada a la problemática sucesoria. En Colombia se ha señalado que la buena fe objetiva tiene dos proyecciones: una activa y la otra pasiva. La proyección activa de la buena fe objetiva se refiere a la buena fe objetiva propiamente tal, esto es, a la regla de conducta que impone obligaciones. En cambio, la proyección pasiva de la buena fe objetiva se refiere a la teoría de la apariencia, esto es, a los eventos en que la creencia de una parte se funda en los actos positivos que despliega su contraparte en la ejecución del contrato. (Opazo Gonzales, 2020, pág. 5).

Para fundamentar la buena fe en una acción indemnizatoria, hay que desarrollar dos directrices muy importantes:

- ✓ Los fundamentos de la buena fe objetiva para sustentar una acción indemnizatoria.
- ✓ Los fundamentos de la buena fe subjetiva para sustentar una acción indemnizatoria.

Siendo la buena fe un principio general del derecho, que ha sido reconocido como uno de los pilares del derecho civil, debiéramos entender que también tiene cabida en el ámbito del derecho de familia, y ello en sus dos vertientes, esto es, tanto la buena fe subjetiva, como la buena fe objetiva. Tratándose de la primera, esto es, la buena fe subjetiva, nuestro ordenamiento jurídico de familia supone que una persona se encuentre de buena fe, es decir, que actúe con la convicción de hacerlo conforme a derecho.

#### **4.1.1. Fundamentos de la Buena fe objetiva para sustentar una acción indemnizatoria.**

La buena fe objetiva se refiere cuando alguien actúa conforme al derecho formalmente existente, cuando se trata de establecer obligaciones o deberes que no aparecen creados formalmente, es decir, se trata de completar o corregir una regulación aparentemente conforme a las leyes aplicables. (Martins - Costa, 1999)

De manera que este tipo de buena fe se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad,

honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan de permanentemente de su profuso carácter normativo.

Hernán Corral señala que la jurisprudencia chilena estima que la buena fe objetiva tiene un amplio ámbito de aplicación, de esta manera, los tribunales han sostenido que el principio general de la buena fe se aplica a otros negocios jurídicos, distintos de los contratos, tratados internacionales, al ejercicio de derechos reales, al ejercicio de derechos personales, al ejercicio de acciones reales, en el desarrollo de un litigio, en los actos administrativos y en el fuero laboral, es decir que también es aplicable al derecho familiar (Opazo Gonzales, 2020, pág. 11).

La buena fe objetiva es interpretada extensivamente, no solo en contratos, sino que también debe estar presente en todo iter contractual <sup>1</sup>, teniendo cabida incluso más allá del ámbito contractual, incluyendo las relaciones familiares.

Resultaría contradictorio que los extraños, que solo se unen por un vínculo contractual, estén obligados a comportarse de buena fe y que los miembros de la familia no estén obligados a proceder de igual modo (Opazo Gonzales, 2020, pág. 11).

Dentro de la familia, es el lugar donde se debe tener mayor responsabilidad, puesto que son los primeros llamados a recibir nuestra consideración, por lo cual con ellos debemos comportarnos con un mayor grado de cuidado, toda vez que es el ámbito donde se puede provocar los mayores daños.

Los deberes de lealtad y de comunicación constituyen un valor que debe ser tutelado por sí mismo en aquellas relaciones en las que las expectativas y las implicancias de las personas son o deberían ser más altas que en las del derecho patrimonial general (Opazo Gonzales, 2020, pág. 11).

Por lo tanto, la duda podría estar en la buena fe objetiva; sin embargo, entendemos que la buena fe objetiva también es un principio general del derecho de familia y,

---

<sup>1</sup> Inter Contractual se refiere que acoge el proceso por el que transcurre un contrato; en un primer momento, está la etapa pre-contractual (también conocida como tratativas o negociación), luego, la etapa contractual (oferta, aceptación, acuerdo de voluntades y su perfeccionamiento), y por último, la etapa extracontractual (mayormente asociada al cumplimiento de las obligaciones pactadas mutuamente).

por consiguiente, debemos concluir que los miembros de una familia están obligados a actuar leal y correctamente en sus relaciones recíprocas. (Opazo Gonzales, 2020, pág. 13)

#### **4.1.2. Fundamentos de la Buena fe subjetiva para sustentar una acción indemnizatoria.**

La buena fe subjetiva es, generalmente, un elemento del supuesto de hecho de una norma legal, pero también puede serlo de una norma construida a partir del principio de buena fe. Es un hecho del espíritu que caracteriza a quien incumple una norma o lesiona un derecho sin conciencia de estar haciéndolo.

La buena fe subjetiva se caracteriza, por la existencia de una irregularidad en el supuesto de hecho, irregularidad que el sujeto de buena fe desconoce. Esa irregularidad corresponde bien a su propia conducta objetivamente antijurídica, o bien a no proceder, como correspondería a un sujeto honrado, frente a la conducta antijurídica de otros o frente a un especial efecto jurídico.

La buena fe subjetiva familiar faculta a las personas como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares que pueden ser de orden patrimonial o extrapatrimonial.

La buena fe subjetiva familiar puede servir para la satisfacción de intereses propios del titular de derecho, por ejemplo: el derecho a la alimentación, el derecho al divorcio, el derecho del marido a impugnar la paternidad de los hijos dados a luz por su esposa durante el matrimonio, etc.

Pero también, la buena fe subjetiva familiar puede ser reconocidas como facultades otorgadas por la protección de intereses ajenos, como sucede con el ejercicio de la patria potestad.

Para fundamentar una acción indemnizatoria desde la buena fe subjetiva, es fundamental indicar que la familia es una sociedad, la cual se rige por un contrato donde todos están obligados a la lealtad, la protección de la custodia en las relaciones familiares y la de salvaguardar las relaciones familiares, por lo tanto, este aspecto se regirá por las normas referentes a la responsabilidad contractual.

## **4.2. EFECTOS EN LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA.**

La familia es una parte fundamental y básica de la sociedad en la cual se establecen las normas que señalan como deben comportarse cada uno de sus integrantes, en especial los hijos. Siendo por ello el núcleo más importante de cualquiera de los grupos sociales. Sus electos básicos son el matrimonio y la filiación.

La buena fe familiar permite determinar que los miembros de una familia tienen el deber de comportarse leal y correctamente en el cumplimiento de los deberes y obligaciones que tienen entre sí, de manera que un comportamiento desleal e incorrecto será constitutivo de mala fe, lo cual permitiría fundamentar una acción de indemnización por incumplimiento de los deberes familiares.

### **4.2.1. Efectos en los hijos.**

Si las columnas de la buena fe, es decir la lealtad, los deberes y obligaciones familiares se cumplan correctamente, los hijos podrán desarrollarse de una forma natural en completa armonía.

Los efectos en los hijos por la buena fe o la falta de la misma por parte de los progenitores o custodios, conlleva consecuencias que podrían ser permanentes y estas son:

- En la educación, repercute indudablemente en el equilibrio adecuado para el logro del buen rendimiento.
- En lo psicológico, la adaptación, estabilidad emocional, cociente intelectual.
- En lo económico, repercute en el niño, puesto que un niño que se desarrolla en un ambiente económicamente pobre, pasa por situaciones de alimentación inadecuada, falta de instrumentos para sus estudios, crecimiento biológico.
- En lo emocional, puede representar para el niño un beneficio un perjuicio, las emociones muy fuertes perjudican al adolescente, creándole tensiones que entorpecen su estabilidad y adaptación.

#### **4.2.1.1. Efectos en el reconocimiento de hijos extramatrimoniales.**

El derecho a la identidad personal comprende a que una persona debe ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Es muy importante lo establecido en el CIDN que en su Art. 7 dispone: “Desde tu nacimiento, tienes derecho a tener un nombre, un apellido y una nacionalidad. Tener una nacionalidad te permite ser aceptado y protegido por un país. También tienes derecho a conocer a tus padres y a vivir con ellos.”

El padre biológico al negarse a reconocer al menor, afecta a un derecho inherente del hijo, la cual se encuentra vinculado con la dignidad de las personas. Esta actitud reprochable genera daño moral y material al hijo extramatrimonial.

#### **4.2.1.2. Efectos en los hijos no custodio.**

La falta de comunicación entre el hijo no custodio y el padre o la madre, puede ocasionar daños psicológicos de carácter emocional y comportamiento. Estos problemas se pueden extender fuera de la familia afectando en escuela y otros entornos sociales.

#### **4.2.2. Efectos en los cónyuges y convivientes.**

Atendida la diversidad de formas de vivir en pareja y la circunstancia que los temas afectivos pueden afectar a cada individuo de diferente manera, creemos inoficioso intentar siquiera hacer una lista de los daños que estimamos podrían derivar de la ocurrencia de un adulterio. Baste, para efectos de continuar el análisis, destacar que esta especial forma de trasgresión del deber de fidelidad que impone el matrimonio, atendido el carácter afectivo y emocional de la vida en común de los cónyuges, es apta para afectar intensamente la psiquis de la víctima, pudiendo derivar incluso en daño patrimonial a consecuencia, por ejemplo, de su caída en un severo cuadro depresivo y la consecuente inhabilidad de desempeñar un trabajo.

Tal daño patrimonial no requiere mayor comentario pues resulta evidente que, si se irrogó a consecuencia del adulterio, ha de ser resarcido. En cambio, conviene

detenerse respecto de la posibilidad de resarcimiento del daño moral que es consecuencia de la conducta del cónyuge adúltero.

#### **4.3. SUSTENTAR LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA.**

La legislación boliviana no permite la acción indemnizatoria entre cónyuges, convivientes, hijos, o por daños causados por la falta de la buena fe en la familia, en otras palabras, es incoercible.

Si bien no se encuentra prevista en nuestra legislación en forma expresa la aplicación de las normas de la responsabilidad a las relaciones familiares ni tampoco el tema ha sido desarrollado jurisprudencial ni doctrinariamente, son múltiples los presupuestos que se pueden presentar en los cuales uno de los cónyuges dañe al otro o a cualquier miembro de la familia y que deben ser solucionadas por aplicación de las normas generales, pero también crear una nueva norma específica basada en la buena fe.

Por lo tanto, si bien se puede exigir a nuestro sistema legal, que haya una norma expresa que determine el deber de reparar los perjuicios causados por el hecho generador del daño familiar por la falta de la buena fe, nuestra legislación tiene todos los instrumentos para reparar los daños, sin que exista una norma expresa que así lo disponga.

CORDOBA quien explica que cuando la ley no hace excepción alguna, pudiendo haberlo hecho, ni de las palabras ni de la razón se deduce que la ley deba limitarse, no podemos separarnos de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha hecho. Con igual tesitura URIARTE manifiesta que nada impide la aplicación de los principios comunes a las relaciones civiles, entre ellos el deber de no dañar. Constituye este un concepto general del derecho que no puede estimarse ajeno al derecho de familia, en razón de que la responsabilidad por el incumplimiento de ese deber está claramente reservada a la materia de la responsabilidad civil, ámbito que no es extraño al derecho de familia. Esta posición fue sustentada en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M. J. MÉNDEZ COSTA, en donde se adujo que la responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema. Los criterios de aplicación deben tomar en cuenta las características del mismo, vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad, y con el sentimiento de justicia de la comunidad (Jalil, 2015, pág. 5).

E aquí los argumentos que considero válidos para sustentar una acción indemnizatoria en lo que corresponde a la buena fe:

#### **4.3.1. El principio de alterum non laedere.**

Este principio nos dice que aun cuando el legislador no prevé expresamente en el derecho una indemnización reparadora en el Derecho de Familia, tampoco no la ha excluido.

Medina comparte esta opinión, exponiendo que la especialidad del Derecho de familia y la diferencia de su contenido no es justificativo para violar el principio jurídico de no dañar a otro, que tiene jerarquía constitucional y supranacional (Stanford Valencia & Torres Gálvez, 2016, pág. 49).

Massmann explica que el Derecho de familia se somete a los principios generales del Derecho y que, por tanto, procede la reparación, aunque la ley no lo señale expresamente. (Stanford Valencia & Torres Gálvez, 2016, pág. 41)

#### **4.3.2. Sustentar el daño en la acción indemnizatoria.**

De acuerdo a la Real Academia Española, el daño es perjuicio, lesión. Daño indemnizable es el daño cualificado por la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento para que surja la obligación de quien lo causa de repararlo. (Real Academia Española, 2020).

Existe la obligación de indemnizar porque hay una víctima que sufre un daño, una lesión material o moral. Se trata de un daño cierto que debe probar quien alega su existencia.

El objeto de la indemnización por el daño causado en la responsabilidad familiar, no es expresar un juicio de reproche, sino corregir el efecto adverso que el hecho del demandado haya causado a la víctima. Su ámbito es precisamente el de la justicia correctiva, que pretende restablecer, en la relación entre el demandado y la víctima, el orden ha sido alterado por el daño.

El daño es un perjuicio, menoscabo, disminución o pérdida para quien lo experimente como consecuencia de una acción u omisión imputable a otro individuo. Siguiendo una concepción amplia del daño.

La primera característica del daño resarcible es, que el menoscabo sea cierto, real y efectivo, en otras palabras, no es indemnizable aquel daño eventual o hipotético fundado en supuestos o conjeturas, incluso, el daño no pierde esta característica si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación; por otra parte, tampoco debe confundirse certeza con actualidad, porque es posible reparar aquel menoscabo futuro.

La segunda característica del daño resarcible, se encuentra en la lesión al interés jurídicamente relevante y merecedor de protección, de manera que, puede existir un damnificado directo y otro indirecto, como serían la víctima, en el primer caso, y sus sucesores en el segundo.

Una tercera característica, el daño debe haber sido causado por un tercero y ser subsistente, es decir, que aún no haya sido reparado por el dañoso o por un tercero, como podría ser un ente asegurador. (Proceso: Pago de daños y perjuicios, 2018, pág. 17).

La expansión del daño moral también se ha manifestado en el ámbito de las relaciones de familia. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el año 2000, condenó al Estado de los Países Bajos a indemnizar los daños morales ocasionados por la adopción de medidas que impidieron al demandante mantener una relación directa y regular con su hija, vulnerándose con ello el derecho a la vida familiar consagrado en el artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>2</sup>. De manera similar se pronunció el mencionado Tribunal

---

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 1°. 11 de julio de 2000. Caso Ciliz contra Países Bajos. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59160>> [Consultado el 20 de marzo de 2018]

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recoge un concepto amplio de familia, pues estima que esta se mantiene respecto de los hijos aun cuando se haya producido un divorcio. De esta manera el Tribunal estima que emanan dos obligaciones del artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una positiva y una negativa. La obligación positiva consiste en asegurar que la vida familiar entre los padres e hijos continúe luego del divorcio, mientras que la obligación negativa supone abstenerse de tomar medidas que provoquen la ruptura del vínculo familiar: "In fact, the instant case features both types of obligation: on the one hand, a positive obligation to ensure that family life between parents and children can continue after divorce (see, mutatis mutandis, the Keegan judgment cited above, p. 19, § 50), and, on the other, a negative obligation to refrain from measures which cause family ties to rupture".

en el caso “Elsholz contra Alemania”<sup>3</sup>, al condenar a dicho Estado al pago de 35.000 marcos alemanes por concepto de daño moral, debido a la angustia y ansiedad ocasionada por la denegación de mantener contacto con su hijo. Lo que además habría infringido el artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos al atentar contra el derecho a la vida familiar del demandante.

El artículo 91 del código penal boliviano dispone: “La responsabilidad civil” comprende:

- ✓ La restitución de los bienes del ofendido, que le serán entregados, aunque sea por un tercer poseedor.
- ✓ La reparación del daño causado.
- ✓ La indemnización de todo perjuicio causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez, en defecto de plena prueba. En toda indemnización se comprenderán siempre los gastos ocasionados a la víctima, para su curación, restablecimiento y reeducación.

Por lo tanto, en razón de los bienes jurídicos lesionados, el perjuicio que en estos casos por lo general prevalece y que con mayor frecuencia se requiere que sea reparado, es el correspondiente al daño moral, por cuanto el acto antijurídico con fundamento en el cual se acciona, suele lesionar los más íntimos sentimientos de la persona dañada.

---

<sup>3</sup> El demandante alegó que tuvo una participación insuficiente en el proceso de toma de decisiones durante el juicio que determinó el régimen comunicacional. También alegó que su hijo fue víctima del síndrome de alienación parental -parental alienation syndrome (PAS)- por parte de su madre.

En definitiva, el Tribunal determinó que existió una infracción al artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la denegación al demandante por parte del Estado alemán de mantener una relación directa y regular con su hijo, provocando un daño moral que debe ser indemnizado por el mencionado Estado: “It cannot, in the Court's opinion, be excluded that if the applicant had been more involved in the decision-making process, he might have obtained some degree of satisfaction and this could have changed his future relationship with the child. In this respect he may therefore have suffered a real loss of opportunity warranting monetary compensation. In addition, the applicant certainly suffered non-pecuniary damage through anxiety and distress” [subrayado añadido]. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Salón. 13 de julio de 2000. Caso Elsholz contra Alemania. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58763/>> [Consultado el 20 de marzo de 2018]

#### **4.3.2.1. Clasificación de los daños en las relaciones de familia.**

Clasificaremos en dos grandes grupos, denominados perspectiva externa y perspectiva interna. (Medina, 2002, pág. 17)

En cuanto a la perspectiva externa, puede estar representada, en primer lugar, por aquellos supuestos en que los daños son “causados por un miembro de una familia, cuando esta condición resulta relevante, a un individuo que no forma parte de ella” y, en segundo lugar, por aquellos casos en que los daños son “ocasionados por un tercero a uno de dichos miembros, cuando esta condición resulta relevante”. Así, por ejemplo, dentro de esta clasificación encontramos la responsabilidad de los progenitores por los daños causados por sus hijos menores de edad, o la de los guardadores que deben responder por los daños causados por las personas que tienen a su cargo. En consecuencia, al tratarse de situaciones en que se encuentra involucrado un miembro del grupo familiar y un tercero, donde los daños son producidos por circunstancias ajenas a las relaciones familiares, se debe concluir que opera sin dificultad la responsabilidad civil, no constituyendo, por lo tanto, casos de interés para el presente trabajo.

Por otra parte, dentro de la perspectiva interna, se encuentran aquellos casos en que “los sujetos de la relación nacida del daño deben encontrarse necesariamente unidos por un vínculo familiar que repercute decididamente en el conflicto” o, dicho de otra forma, la perspectiva interna se refiere a los “daños infligidos por los integrantes del grupo familiar entre sí”, A su vez, los daños encasillables dentro de la perspectiva interna pueden subclasificarse en generales y específicos. Los primeros son entendidos como “aquellos que, sin perjuicio de acontecer entre familiares, pueden tener lugar en cualquier ámbito relacional”, a modo de ejemplo, dentro de esta categoría se encuentran los daños producidos por violencia intrafamiliar, los derivados del contagio de enfermedades de transmisión sexual, entre otros. En tanto, los específicos son aquellos en que concurren dos elementos, a saber, acontecen entre familiares y tienen lugar respecto de intereses protegidos en particular por el Derecho de Familia. Dentro de esta categoría es posible encontrar, entre otros,

los daños ocasionados por la falta de reconocimiento de un hijo, los derivados de la obstaculización del régimen de cuidado personal o de la relación directa y regular por parte de alguno de los progenitores. (Montecisno Medina, 2019, págs. 13 - 14)

#### **4.3.2.2. Tipos de Daño.**

Poniendo énfasis en la hipótesis en que pueden concurrir perjuicios en las relaciones familiares, clasificaremos los tipos de daño:

Basada en la naturaleza del interés lesionado, el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial (moral). Los daños de carácter patrimonial son aquellos en que se produce un detrimento en el patrimonio, sea porque existe una disminución efectiva del activo, o porque se ha impedido que el activo aumente. En tanto, el daño moral es caracterizado actualmente como la lesión a intereses que carecen de significación patrimonial.

##### **4.3.2.2.1. Daño Extrapatrimonial o Moral.**

El daño moral procede cuando el daño excede el amparo específico del derecho de familia, o cuando derive de la lesión a derechos personalísimos, pues es tales casos el derecho a la reparación proviene no de la calidad de familiar sino como cualquier persona afectada por un hecho lesivo, pues la sanción resarcitoria corresponde a todo supuesto en que ocasione a otro un “daño injusto”, independientemente de que ello ocurra en el ámbito de los derechos patrimoniales o del derecho de familia. Y aunque las normas propias del derecho de familia no prevean indemnización alguna por dicho concepto, estas deben respetar el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios contemplados en el artículo 113 parágrafo I, de la Constitución Política del Estado. (Jalil, 2015, pág. 4).

##### **4.3.2.2.1.1. Clasificación del Daño Moral.**

El daño moral es directo cuando se lesionan inmediatamente bienes o intereses personalísimos o los atributos del sujeto. En cambio, es indirecto cuando el daño deriva de la lesión a bienes

patrimoniales. No existen dudas acerca del resarcimiento del daño moral directo, en otra situación se encuentra el resarcimiento del daño moral indirecto, éste sólo es resarcible en aquellos casos en que el sujeto tenga un interés espiritual en el goce de un bien patrimonial. Esta diferencia entre el daño moral directo e indirecto, nada tiene que ver con los damnificados directos e indirectos que pueden existir, el daño moral tiene en cuenta la naturaleza del bien objeto de la agresión, la calidad de damnificado directo o indirecto está dada por el sujeto que padece el daño, o sea si es la víctima inmediata u otra persona. Los legitimados para reclamar el resarcimiento del daño moral son aquellos titulares de la acción. En cuanto a los fundamentos para indemnizar el daño moral, el resarcimiento dinerario del daño moral no significa materializar los intereses espirituales, sino que sería espiritualizar el derecho, ya que éste no limita la protección a los intereses pecuniarios, y brinda una protección a bienes de naturaleza no económica los que son inherentes a la persona humana. La indemnización del daño moral no es imposible ni arbitraria, por el contrario, es imperfecta y deficiente, ello responde a la naturaleza de los intereses espirituales dañados y del dinero con que ese perjuicio se indemniza, y el dinero cumple una función de satisfacción como medio de acceso a bienes o servicios, materiales o espirituales. (Vanina, 2012, pág. 50).

Respecto de la cuantía del daño moral, por la naturaleza del mismo, será el juez el que deberá verificar la existencia del daño y realizar una evaluación objetiva en abstracto con el límite de lo reclamado en la demanda entablada, entonces es la persona del juez la que debe realizar una valoración objetiva para fijar su compensación en dinero. La apreciación del daño moral deberá hacerse con total independencia de la cuantía del daño material

que pudiera existir, ya que los valores perjudicados son de carácter espiritual y extrapatrimonial. (Vanina, 2012, pág. 51).

#### **4.3.2.2.2. Daño Patrimonial.**

El daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, es el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, es decir que el daño patrimonial es medible en dinero lo que no implica imperiosamente que el resarcimiento sea dinerario, siendo en algunos casos posible la reparación en especie por vía de la reposición de las cosas a su estado anterior. Con absoluta independencia de los bienes perjudicados, el daño patrimonial persigue como esencial la repercusión económica de la lesión, que consiste en un menoscabo apreciable de forma pecuniaria, cosa que no ocurre forzosamente en el daño moral (Vanina, 2012, pág. 51).

##### **4.3.2.2.2.1. Clasificación del daño patrimonial.**

Específicamente, el daño patrimonial se clasifica en:

- ✓ Daño emergente: Es la disminución o privación de los bienes integrantes del acervo patrimonial, es un perjuicio concreto y efectivo, hay un empobrecimiento económico, un egreso de valores.
- ✓ Lucro cesante: Es la reducción de beneficios materiales que se podrían haber logrado de no ocurrir el hecho dañoso, son las ganancias que se pierden, existe una frustración de un aumento patrimonial previsible.

Como regla general, en la reparación de los daños patrimoniales opera la reparación in natura del daño sufrido, puesto que lo que se busca es volver las cosas al estado anterior, y solo en caso de no ser posible debe acudir a la reparación dineraria (Vanina, 2012, pág. 52).

#### 4.3.2.3. Los Elementos que integran el Daño Moral.

Por su propia definición, como algo tan específico, concreto y personal; tan ceñido a cada caso en concreto, resulta imposible definir y categorizar los elementos que integran el daño moral. Metodológicamente nos va a resultar mucho más factible y práctico señalar los elementos por los cuales se exterioriza el daño moral y así lograr, si no describirlo, al menos obtener, y ello es lo que suele buscar el jurista, un medio objetivo que acredite su existencia y, más tarde, su cuantificación en términos de reparación, restitución o indemnización. Por lo expuesto vemos que el daño moral siempre se introduce en varias de las conductas que ahora reproduciremos y que delatan no sólo su existencia, sino que también nos servirán para su correcta valoración, mediante el sistema que veremos finalmente. Son elementos que normalmente exteriorizan la existencia, íntima frecuentemente, de un daño moral con relación a los derechos de integridad moral y pueden ser, los siguientes (Baldivia Calderón de la Barca, 2011):

- ✓ el sentimiento de depresión de la autoestima.
- ✓ la limitación de las expectativas sociales ya adquiridas.
- ✓ el sentimiento de la dignidad vejada
- ✓ el sentimiento de la privacidad violada,
- ✓ los sentimientos de pena, vergüenza, culpabilidad o inferioridad,
- ✓ el sentimiento de incapacidad, ante determinados eventos, subjetivo u objetivo,
- ✓ las conductas compulsivas originadas con el daño sufrido,
- ✓ alteraciones del sueño,
- ✓ la inseguridad o la incapacidad para intervenir o debatir sobre determinados aspectos,
- ✓ el deshonor, público o particular,
- ✓ el aminoramiento de la garantía personal ante terceros,
- ✓ y, en general, cualquier efecto constatado de la íntima confianza, la seguridad personal, la sensación de la desintegración de la propia estructura personal, acompañado de un íntimo descrédito respecto a

uno mismo, que se exteriorice o no de forma apreciable por terceros, es decir un decrecimiento de la autoestima o de la hetero-estima, en general.

Esta lista de elementos bien podría ser parcialmente modificada, si bien, puede resultar bastante válida en un aspecto relativo y referente a la terminología más que al contenido.

#### **4.3.3. Sustentar la Antijuricidad en una acción indemnizatoria por la buena fe.**

Pare sustentar la antijuricidad en una acción indemnizatoria por la buena fe, necesariamente daremos dos conceptos, una estricta y la otra amplia. La estricta, es aquella infracción de algún mandato legal expreso. La amplia, es aquella conducta objetivamente contraria al ordenamiento jurídico, lo que abarcaría a infracciones a deberes legales, a las buenas costumbres, al orden público y a, los principios generales del derecho como la buena fe. Para quienes postulan la concepción amplia, la antijuricidad inclusive se puede extender al ejercicio abusivo del derecho (Tanzi & Papillú, 2011, pág. 146).

De seguir con un concepto estricto, solo se podrían reparar aquellos daños provocados por la infracción de una disposición legal expresa como, por ejemplo: la ejecución de asistencia familiar establecido en el “Código de las Familias y Procesos Familiares ley 603”.

De seguir con la concepción amplia, abre las puertas para que se reparen daños ocasionados por la infracción del ordenamiento jurídico en su conjunto. Como bien expone Vásquez: “De vital importancia resulta calificar de antijurídico el acto que contraríe los principios generales del derecho, porque en materia de responsabilidad por daños, la antijuridicidad se manifiesta en la violación del ‘alterum non laedere’, principio que es común a cualquier órbita del derecho de daños. (...) Por ello, bien se puede afirmar que está prohibido y, por ende, es antijurídico dañar a otro sin causa de justificación” (Montecisno Medina, 2019, pág. 33).

En un fallo del año 1967 la Corte Suprema Chilena adhirió a la tesis amplia de la antijuridicidad: “se debe admitir que puede haber conductas ilícitas que no estén

penadas por la ley, pero que siendo causa de daño ajeno engendran la correspondiente responsabilidad de su autor a favor de la víctima del daño para la indemnización del mismo, como lo manifiesta el artículo 2314 del Código Civil Chileno que impone a quien ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, el deber de indemnizarlo, sin hacer distinción alguna entre los delitos y cuasidelitos penados por la ley y aquellos que no tengan asignada pena, porque causar daños a otro por imprudencia o mala intención es una conducta contraria al derecho” (Larroucau Torres, 2007).

#### **4.3.4. Sustentar el factor de atribución en una acción indemnizatoria por la buena fe.**

Los factores que atribuyen responsabilidad, son en realidad son el soporte sobre el que se asienta la responsabilidad civil, se refiere al por qué se responde (Bustamante Alsina, 1997).

Algunas posiciones doctrinarias afirman que no solo son indemnizables los daños procedentes del dolo o la culpa, sino que, en ciertas hipótesis, también se debe indemnizar los daños producidos por el peligro o riesgo creado. Admitiéndose con ello la aplicación de la responsabilidad objetiva en ciertos casos como, por ejemplo: aquellos vinculados con técnicas de reproducción asistida.

Existen factores de atribución objetivas y subjetivas de responsabilidad:

##### **4.3.4.1. Factores subjetivos.**

Implica considerar la subjetividad del agente y la reprochabilidad humana de su conducta; es lo que se denomina culpabilidad en sentido lato. La culpabilidad presupone la imputabilidad moral del acto. Lo primero que se debe analizar es si el hecho dañoso es voluntario para luego recién indagar sobre el factor de atribución subjetivo. La culpabilidad en el sentido lato se manifiesta de dos maneras diferentes: culpa propiamente dicha y el dolo. (Vanina, 2012, pág. 41)

##### **4.3.4.1.1. La culpa.**

Consiste en la imprevisión de un resultado dañoso previsible y evitable de haberse obrado con la diligencia requerida por las circunstancias. Se

funda en la previsibilidad y evitabilidad del resultado. La conducta culposa puede asumir diferentes modalidades, la negligencia, la imprudencia y la impericia. En la negligencia se omite una conducta que previsiblemente hubiera evitado el resultado dañoso. La imprudencia es un actuar precipitado e irreflexivo. La impericia es actuar con falta de habilidad específica o con incapacidad técnica se relaciona a la falta de idoneidad. En el ámbito de la responsabilidad contractual la culpa configura un incumplimiento obligacional culposo, en cambio en la responsabilidad extracontractual determina la existencia de un cuasidelito. (Vanina, 2012, pág. 42).

#### **4.3.4.1.2. El dolo.**

Puede ser tomado en tres acepciones, según se lo vincule a los vicios de la voluntad, al incumplimiento contractual o a los elementos del acto ilícito. El dolo como vicio de la voluntad es aquel que provoca el error en otra persona, y vicia la voluntad del otorgante de un acto jurídico tornándolo anulable. Una corriente de pensamiento sostiene que el dolo es el propósito deliberado y perverso de perjudicar. Otros autores, sostienen que para que exista dolo como elemento del delito es suficiente que el sujeto haya previsto las consecuencias de su obrar, es decir que quien quiere el acto quiere sus consecuencias conocidas. Es decir que el dolo se configura cuando el agente obra sin derecho y contra el derecho de los demás, vale decir con intención, aunque no persiga la causación del daño sabe que lo causará o que puede causarlo (Vanina, 2012, pág. 42).

#### **4.3.4.2. Factores objetivos.**

Son aquellos que para atribuir un resultado dañoso prescinden de indagar la conducta del agente y se asientan en otros fundamentos de interés legal. Su mirada está en la reparación del daño y no la reprochabilidad al responsable, no requieren ser probados, se dan en muchos supuestos de responsabilidad indirecta. Los principios en los que se fundan son la equidad, la obligación de

garantía y el deber de seguridad, el riesgo o vicio, el abuso del derecho y la normal tolerancia entre vecinos (Vanina, 2012, pág. 43).

#### **4.3.4.2.1. Equidad**

Es la justicia aplicada por el juez en el caso concreto, en uso de su facultad discrecional. Es un principio general del derecho.

En base a la equidad el juez puede disponer que se indemnicen ciertos daños que sean frutos de actos antijurídicos involuntarios, el juez podrá reponer el equilibrio por aplicación de este factor, según su apreciación de la relación existente entre el patrimonio del autor y la condición personal de la víctima del daño. Se requiere que de haber sido voluntario ese acto genere la obligación de reparar y que sea involuntario. El monto de la indemnización se impone de acuerdo a la situación de los interesados, distribuyendo entre sus respectivos patrimonios el perjuicio, es impuesto objetivamente por un deber de asistencia (Vanina, 2012, pág. 43).

#### **4.3.4.2.2. Seguridad.**

En el ámbito de la responsabilidad contractual, es una obligación que está implícita con carácter general y accesorio con el fin de asegurar que las personas y cosas comprendidas en el contrato no serán dañadas en su ejecución. Esta obligación puede resultar de la ley o de la voluntad de las partes (Vanina, 2012, pág. 43).

#### **4.3.4.2.3. Garantía.**

Se aplica en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, se fundamenta en garantizar a los terceros su indemnización por la acción eventualmente dañosa de las personas que actúan en interés de otro (Vanina, 2012, pág. 44).

#### **4.3.4.2.4. Abuso del derecho.**

Impone la obligación de reparar el perjuicio causado a otro, al titular de un derecho que lo ejerció abusando de sus prerrogativas y causó un daño a otro, el juez valorará si tal comportamiento irregular es contrario a los

finés para los que el derecho fue constituido o si excede los fines de las buenas costumbres o la buena fe (Vanina, 2012, pág. 44).

#### **4.3.4.2.5. Riesgo.**

Surge la teoría del riesgo, que se apoya en dos pilares fundamentales el riesgo creado y el riesgo beneficio, quien ejerce una actividad lícita y beneficiosa para sí, debe razonablemente cargar con el riesgo de reparar las consecuencias dañosas que su actividad cree (Vanina, 2012, pág. 44). Se aplica en los casos de daños causados por el riesgo o vicio de las cosas.

#### **4.3.5. Sustentar la relación de causalidad en una acción indemnizatoria por la buena fe.**

La reparación sólo tendrá lugar cuando el incumplimiento imputable de un deber familiar sea apto para producir un resultado dañoso, “La causalidad exige que entre el hecho y el daño exista una relación necesaria y directa evidenciando los elementos determinantes de la causalidad: el causal y el normativo. Por un lado, el hecho debe ser *condictio sine qua non* del daño, de modo que cada uno de los hechos que determinan su ocurrencia son considerados causa de éste; por otro, entre el hecho y el daño debe haber una razonable proximidad” (Proceso: Pago de daños y perjuicios, 2018).

Recurriendo a tratadistas del derecho civil tradicional, aun consultados, diremos, con Bunge, que la causalidad o causalismo es el método filosófico científico por el que procuramos el conocimiento de las cosas a través del estudio y análisis de sus causas para llegar a la verdad. La causalidad implica la necesidad condicional de los sucesos, o sea, que un efecto dado se producirá en tanto y en cuanto se den las condiciones necesarias para su ocurrencia. Las cosas suceden como consecuencia final de una serie de precedentes que deben cumplirse, de manera que pueda darse el resultado. Dentro del estudio del Derecho Civil, diremos que la causalidad tiene dos puntos, el nacimiento, que es la acción del sujeto, y el resultado dañoso; entre ambos existe lo que se llama el nexo causal. Este último es importante para determinar la responsabilidad civil en algunas legislaciones, mientras que en otras

no es tomado en cuenta, sino que simplemente se aplica la calificación del resultado. Para determinar la responsabilidad civil es necesario que el perjuicio se produzca a resultas del comportamiento del actor, que sea patrimonial y que esta consecuencia le sea imputable.

El reclamo sobre la reparación del daño se le realiza al actor del mismo, por quien lo ha sufrido, sin embargo, le corresponde a él la carga de la prueba, y es obligado en acreditar que ha existido la necesaria relación causa y efecto entre la conducta positiva del demandado y la producción del daño; una especie de probatio diabolica. En este entrambo del acto y el resultado dañoso, como dijimos, está el nexo causal. Al principio del presente análisis se estableció que existen dos momentos entre el acto y el daño, lo fáctico y el derecho. Para las legislaciones más desarrolladas, en este punto, el análisis para determinar la responsabilidad civil pasa por el análisis de ambas. Es decir, lo fáctico, que también es conocido como natural, que se refiere a los hechos humanos que han llevado al daño, y que tiene mucha relación con lo normativo, y lo antijurídico del resultado (Bustamante Morales, 2019, pág. 259).

En síntesis, la causalidad cumple una importante función en la determinación de la extensión del daño que debe ser reparado, limitándolo a aquellos perjuicios que se derivan inmediata o directamente del hecho imputable. En las relaciones de familia, la dificultad se presenta a propósito de los daños ocasionados por la transmisión de enfermedades a los hijos o por haber nacido con graves problemas de salud física (Medina, 2002, pág. 28). Fuera de estas consideraciones de causalidad no plantea mayores dificultades en el ámbito de las relaciones de familia.

## **5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

### **5.1. CONCLUSIONES GENERALES.**

A través del presente trabajo se identificó que la buena fe es un principio que no está contemplado dentro del derecho de familia boliviano y si desarrollado dentro del derecho civil. Nuestro ordenamiento jurídico familiar, supone que una persona actúa de buena fe, es decir, que procede con la convicción de hacerlo conforme a derecho. La legislación boliviana desarrolla la buena fe dentro de las disciplinas de Derechos Reales y Contratos, es decir dentro del derecho civil.

Por lo que he evidenciado, no existe la norma positiva y expresa en el derecho de familia boliviano, que respalde o sustente la acción indemnizatoria a los miembros de la familia por la falta de la buena fe, debido a esto, se ha desarrollado y probado que si es posible incluir la buena fe y que la misma no es ajena al derecho de familia.

Se ha perfeccionado la buena fe como tal, para sustentar la acción indemnizatoria, demostrando que la buena fe no es exclusiva del derecho civil y que puede ser aplicable al derecho de familia a través de la buena fe objetiva y buena fe subjetiva.

Se pudo evidenciar los efectos causados, tanto físicos como psíquicos en los miembros de la familia por la buena fe y la falta de la misma.

Se ha sustentado la acción indemnizatoria por falta de la buena fe, fundamentadas en el principio de alterum non laedere, el daño, la antijuricidad, el factor de atribución y la relación de causalidad.

De acuerdo a las citas de Mirzia Bianca, se pudo justificar que, es contradictorio que personas extrañas se unan por una relación o vínculo contractual de lealtad entre sí, y que los miembros de la familia no estén obligados a proceder de igual forma. Por lo tanto, la exigencia de una conducta de buena fe a los miembros de la familia, se traduce en la exigencia de deberes específicos de conducta, cuya infracción faculta a la víctima a demandar la correspondiente indemnización.

Para finalizar, es justo y necesario determinar a través de la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia internacional, los fundamentos de la buena fe para sustentar una acción indemnizatoria. Así mismo es posible establecer los efectos físicos,

psicológicos, morales que causan en los miembros de la familia, la buena fe como la ausencia de la misma, para ello se ha caracterizado cómo se debería sustentar una acción indemnizatoria por la buena fe.

## **5.2. RECOMENDACIONES.**

Esta monografía, debe ser la base angular para que sea estudiada, complementada, positivizada, normada, reglamentada, incluida dentro de nuestro ordenamiento jurídico, específicamente dentro de la ley 603 “código de las familias y procedimientos familiares” para sustentar una acción indemnizatoria y minimizar los daños en el núcleo familiar.

## **6. APORTE CIENTIFICO Y SOCIAL DE LA INVESTIGACIÓN.**

El presente trabajo académico, podría aportar, ayudar, contribuir en el derecho familiar boliviano con deberes, por ejemplo: la fidelidad entre cónyuges y convivientes, la comunicación entre el padre o madre que no tiene en su custodia a los hijos, el cumplimiento a la asistencia familiar. Pero también a reducir cualquier tipo de conducta que genere daño intrafamiliar.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Baldivia Calderón de la Barca, A. (2011). Tesis de Grado. *Reparación del Daño Moral como medio de protección de los derechos de la personalidad dentro de un proceso civil*. La Paz, Bolivia: UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES. Obtenido de <https://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/14218/T3701.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Black's Law Dictionary Free. (1891). *thelawdictionary.org*. Obtenido de <https://thelawdictionary.org/>: <https://thelawdictionary.org/search2/?cx=partner-pub-2225482417208543%3A5634069718&cof=FORID%3A11&ie=UTF-8&q=good+faith&x=0&y=0>
- Boetsch Guillet, C. (2015). *La Buena Fe Contractual*. Santiago, Chile: Universidad Católica de Chile. Obtenido de [https://books.google.com.bo/books?id=1-tTDwAAQBAJ&pg=PA37&dq=definicion+de+buen+fe&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwj2r\\_HtpZPzAhWkrpUCHfhDBAMQuwV6BAgIEAc#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.bo/books?id=1-tTDwAAQBAJ&pg=PA37&dq=definicion+de+buen+fe&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwj2r_HtpZPzAhWkrpUCHfhDBAMQuwV6BAgIEAc#v=onepage&q&f=false)
- Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo - Perrot. Obtenido de <https://docer.com.ar/doc/v11e0s>
- Bustamante Morales, J. G. (30 de diciembre de 2019). RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO BOLIVIANO EN EL CASO LAMIA UN BREVE ANÁLISIS JURÍDICO. *Revista Ratio Juris*, 14. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/5857/585763965011/html/>
- Cabanellas, G. (2011). <https://www.lexivox.org/>. Obtenido de [https://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar\\_diccionario.php?desde=Breviario&hasta=Cabeza%20de%20familia&lang=es#dic8635](https://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar_diccionario.php?desde=Breviario&hasta=Cabeza%20de%20familia&lang=es#dic8635)
- Jalil, J. E. (Septiembre de 2015). Comisión n°3, Daños: “Daños derivados de las relaciones de familia”. *EL DAÑO MORAL DERIVADO DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO O DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y*

- COMERCIAL, (pág. 13). Bahía Blanca. Obtenido de <https://jndcbahiablanca2015.com/>: [https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Jalil\\_EL-DA%C3%91O-MORAL.pdf](https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Jalil_EL-DA%C3%91O-MORAL.pdf)
- Larroucau Torres, J. (2007). Culpa y dolo en la responsabilidad extracontractual. *Análisis Jurisprudencial*. Santiago, Chile: Lexis Nexis. Obtenido de [file:///C:/Users/hp/Downloads/docdownloader.com-pdf-culpa-y-dolo-libro-completo-dd\\_0ca95959104f7a3f89ebffcefe5e580e.pdf](file:///C:/Users/hp/Downloads/docdownloader.com-pdf-culpa-y-dolo-libro-completo-dd_0ca95959104f7a3f89ebffcefe5e580e.pdf)
- Martins - Costa, J. (1999). *A Boa - Fé no direito privado criterios para sua aplicacao*. Sao Paulo: Marcial Pons.
- Medina, G. (2002). *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Montecisno Medina, P. C. (2019). RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES. *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Chile: Universidad de Chile. Obtenido de <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/165782>
- Opazo Gonzales, M. (2020). Redalyc.org. *Revista de Derecho Privado*, 23. Obtenido de <https://www.redalyc.org/>: <https://www.redalyc.org/journal/4175/417564980003/movil/>
- Proceso: Pago de daños y perjuicios, Auto Supremo: 687/2018 (TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA 23 de julio de 2018). Obtenido de <blob:https://jurisprudencia.tsj.bo/76ed1d78-011b-4f42-b3ca-c70ab16cdc74>
- Real Academia Española. (2020). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Obtenido de [dpej.rae.es](https://dpej.rae.es/): <https://dpej.rae.es/lema/buena-fe>
- Stanford Valencia, P. A., & Torres Gálvez, B. I. (2016). *Adulterio y Responsabilidad Civil*. Santiago: Universidad de Chile.
- Tanzi, S., & Papillú, J. (julio de 2011). *Daños y Perjuicios Derivados del Matrimonio (doctrina y jurisprudencia en Argentina)*. Santiago, Chile: Revista Chilena de Derecho Privado. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5300379>

Vanina, S. A. (Noviembre de 2012). Daños Derivados del Divorcio. *Competencia Patrimonial*. Cordoba, Argentina: Universidad Empresarial Siglo 21.