

UNIVERSIDAD AMAZONICA DE PANDO
ÁREA DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO



TESIS DE GRADO

**“INEFICACIA DE LA ACCION PENAL FRENTE A LA ACCION FAMILIAR PARA EL
OPORTUNO SUMINISTRO DE ASISTENCIA FAMILIAR”**

Tesis de Grado presentada para obtener el
grado académico de Licenciado en
“Derecho”

UNIV. Patricia Quispe Guerra

Cobija-Bolivia
2014

UNIVERSIDAD AMAZONICA DE PANDO
ÁREA DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO



TESIS DE GRADO

**“INEFICACIA DE LA ACCION PENAL FRENTE A LA ACCION FAMILIAR PARA EL
OPORTUNO SUMINISTRO DE ASISTENCIA FAMILIAR”**

Tesis de Grado presentada para obtener el
grado académico de Licenciado en
“Derecho”

UNIV. Patricia Quispe Guerra.
Tutor:

Cobija-Bolivia
2014

El presente trabajo se lo dedico de todo corazón a mi querida familia, por ser quienes me inspiran y apoyan en la realización de todos mis empréstitos

AGRADECIMIENTOS

*En primer lugar a Dios, por ser quien guía
mis pasos.*

A mi familia por el apoyo brindado.

*A la Universidad Amazónica de Pando,
porque es en esta institución académica que me
formé profesionalmente.*

*A los docentes de la UAP porque fueron ellos
que me transmitieron sus conocimientos*

Índice

Dedicatoria.....	2
Agradecimientos	ii
INTRODUCCIÓN.....	1
1. Planteamiento del Problema.-	1
1.1. Situación Problémica.-	1
1.2. Formulación del Problema.-.....	3
2. Objetivos.-	3
2.1. Objetivo general.-	3
2.2. Objetivos Específicos.-	3
3. Justificación.-.....	4
4. Idea a defender.-.....	4
5. Delimitación de la investigación.-	4
5.1. Delimitación temporal.-	4
5.2. Delimitación espacial.-	4
5.3. Delimitación sustantiva.....	5
6. Diseño Metodológico.-.....	5
CAPÍTULO I	6
EL DEBER DE ASISTENCIA FAMILIAR.....	6
1. Introducción.....	6
1.1. El deber de asistencia familiar en el contexto familiar	6
1.1.1. Concepto de familia	6
1.1.2. Concepto del deber de asistencia en la familia	8
1.1.3. Deber de asistencia en familia: su carácter y contenido	9
1.2. Asistencia familiar	12
1.2.1. Concepto y generalidades de la asistencia familiar	12
1.2.2. Caracteres e importancia de la asistencia familiar	14
1.2.2.1. Personalísima	15
1.2.2.2. Recíproca.....	15
1.2.2.3. Inembargable	16
1.2.2.4. Circunstancial y variable	18

1.2.2.5.	Imprescriptible	19
1.2.2.6.	Sancionado su cumplimiento	21
1.2.3.	Igualdad de género en el cumplimiento de la asistencia familiar	21
CAPÍTULO II		23
LA ASISTENCIA FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA.....		23
2. INTRODUCCION.....		23
2.1. Marco legal del régimen familiar en Bolivia		23
2.1.1.	Legislación abrogada.....	23
2.1.2.	Legislación vigente	25
2.1.3.	Principios de la regulación y aplicación del régimen familiar en Bolivia	26
2.1.3.1.	Dignidad humana	27
2.1.3.2.	Igualdad.....	27
2.1.3.3.	Solidaridad	27
2.1.3.4.	Interés superior de la familia	27
2.2. Regulación de la asistencia familiar en Bolivia		28
2.2.1.	Personas obligadas a proporcionar la asistencia familiar	28
2.2.2.	Requisitos o condiciones que deben cumplir las personas a ser beneficiadas con la asistencia familiar	31
2.2.3.	Clases o modos de prestar la asistencia familiar	35
2.2.4.	Cesación del deber de asistencia familiar	37
CAPITULO III		39
MECANISMOS JURÍDICO-FAMILIARES PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA ASISTENCIA FAMILIAR.....		39
3. INTRODUCCION.....		39
3.1. Procedimiento jurídico familiar en caso de incumplimiento de la asistencia familiar		39
3.2. Garantías para el oportuno suministro de la asistencia familiar		44
3.2.1.	Anotación preventiva.....	45
3.2.2.	Embargo preventivo.....	46
3.2.3.	Intervención judicial.....	47
3.2.4.	Secuestro.....	47
3.2.5.	Prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados	48
3.2.6.	Hipoteca	49
3.2.7.	Arraigo.....	50

3.2.8.	Venta de bienes	51
3.2.9.	Apremio corporal	51
3.2.10.	Interés legal.....	55
CAPITULO IV.....		56
MECANISMOS JURIDICO PENALES PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA ASISTENCIA FAMILIAR		56
4.	INTRODUCCION.....	56
4.1.	Teoría del delito	56
4.1.1.	Concepto del delito	56
4.1.2.	Características del delito.....	57
4.1.3.	Clasificación de los delitos	58
4.1.3.1.	Delitos comunes y delitos políticos.....	58
4.1.3.2.	Delitos de resultado y de simple actividad	59
4.1.3.3.	Delitos de lesión y de peligro	59
4.1.3.4.	Delitos permanentes e instantáneos	60
4.1.3.5.	Delitos de comisión, de omisión y de comisión por omisión.....	60
4.1.3.6.	Delitos generales y propios.....	61
4.2.	Delitos contra los deberes de asistencia familiar en el código penal	61
4.2.1.	Abandono de familia	62
4.2.2.	Incumplimiento de deberes de asistencia	64
4.2.3.	Abandono de mujer embarazada	67
4.3.	La acción penal.....	68
4.3.1.	Características del proceso penal	68
4.3.1.1.	Carácter público	68
4.3.1.2.	Seguimiento de oficio	69
4.3.1.3.	Indivisible	69
4.3.1.4.	Irrevocable	70
4.3.1.5.	Unidad	70
4.3.1.6.	Intransferible e indisponible	70
4.3.2.	Carácter privado de los delitos contra deberes de asistencia familiar	71
CAPITULO V.....		73
VALORACION DE LA EFICACIA DE LA ACCION PENAL PARA EL OPORTUNO SUMINISTRO DE ASISTENCIA FAMILIAR.....		73

5. INTRODUCCION.....	73
5.1. Ineficacia de la acción penal frente a la familiar.....	73
5.1.1. La acción penal persigue la imposición de la pena o una sanción.....	74
5.1.2. El cumplimiento de la sanción ocasiona la permanencia del delito	75
5.1.3. La disponibilidad privada de la acción penal puede generar efectos distorsivos.....	75
5.1.3.1. La acción penal puede ser utilizada en forma extorsiva	76
5.1.3.2. Puede aumentar innecesariamente el número de causas a ser atendidas por la administración de justicia	76
5.2. Utilización de las vías familiar y penal en la practica jurídica: estudio cuantitativo de demandas en los juzgados de la ciudad de Cobija, 2013	77
5.2.1. Volumen de demandas por vía familiar	77
5.2.2. Volumen de demandas por vía penal	79
5.2.3. Análisis comparativo	79
CAPÍTULO VI.....	80
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	80
6.1. CONCLUSIONES	80
6.2. RECOMENDACIONES.....	82
BIBLIOGRAFIA.....	84
ANEXOS	87

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del presente trabajo es la asistencia familiar, para ello se debe mencionar que se realizará el mismo partiendo del concepto de familia, se analizará un conjunto de deberes que obligan a los miembros del grupo familiar a prestarse la asistencia y cooperación, deberes que tienen un fundamento en el derecho natural y que posteriormente fueron positivados al recogerlos el legislador en la regulación jurídica de las relaciones familiares. Es en este conjunto de deberes donde se ubica el deber de asistencia familiar. En su sentido más estricto, es entendido como un deber de asistencia alimentaria. Para ello se hará un análisis de su importancia y características; así mismo se introducirá al análisis de la asistencia familiar el enfoque de género, mostrando cómo la concepción de la asistencia fue evolucionando históricamente hasta configurarse con rasgos que la caracterizan en la actualidad. También se revisarán aspectos particulares de la regulación de la asistencia familiar en la legislación boliviana.

1. Planteamiento del Problema.-

1.1. Situación Problemática.-

Es indudable que la familia constituye la base de la sociedad organizada. En este entendido, el Estado procura la unidad de la familia, así como procura la satisfacción de sus necesidades. Entre estas necesidades se contempla la asistencia familiar, denominada también deber de asistencia. Según el tratadista Cabanellas: "la asistencia familiar es una obligación en la que ciertas personas se encuentran con respecto a otras en determinadas circunstancias; consiste en la prestación de alimentos y del requerido apoyo material y moral. Las dos situaciones en que se torna más patente el deber de asistencia, son en relación con el parentesco y en los casos de riesgos inminentes." (CABANELLAS 1976:43)

Lo anterior significa que el Estado, por sí sólo, no brinda la asistencia familiar, sino que instituye en los individuos que forman parte de la familia la obligación de asistirse según el grado de parentesco y según la necesidad de los beneficiarios. De acuerdo a Cabanellas, tienen la obligación de asistirse: "1º los cónyuges, 2º los ascendientes y descendientes legítimos, 3º los padres y los hijos legitimados y los descendientes legítimos de estos, 4º

los padres y los hijos naturales reconocidos y los descendientes legitimados de éstos.”
(CABANELLAS 1976: 43)

Cabe recalcar que la prestación de asistencia tiene un carácter de reciprocidad entre obligados y beneficiarios. Al ser obvia la importancia de esta figura muchas de las legislaciones la han adoptado, encontrándose entre éstas la legislación boliviana, cuyo Código de Familia en sus Arts. 14 y 428 prevé lo siguiente: “Art. 14.- (EXTENSION DE LA ASISTENCIA) La asistencia familiar comprende todo lo indispensable para el sustento, la habitación, el vestido y la atención médica. Si el beneficiario es menor de edad, esta asistencia también comprende los gastos de educación y los necesarios para que adquiera una profesión u oficio.”(BOLIVIA 1993:26) Art. 428.- (DEMANDA) Todo el que se considere con derecho a pedir asistencia familiar presentará su demanda ante el Juez Instructor de Familia, justificando el título por el que la pide y los recursos del demandado. Si quien la pide no es cónyuge o hijo menor debe justificar también los requisitos establecidos por el artículo 20.” (BOLIVIA 1993:164)

Como se podrá advertir, el Estado, en ejercicio de la función legislativa, ha establecido en el Código de Familia las normas legales pertinentes que atienden los derechos y obligaciones emergentes del grado de parentesco y de las necesidades de los integrantes de la familia, porque mediante estas normas el Estado pretende compeler a los sujetos a cumplir con su obligación de prestar asistencia familiar. Por su parte, en lo que respecta a materia familiar, como una garantía para lograr el oportuno cumplimiento de la obligación de asistencia familiar, el Código de Familia contempla la figura del apremio en su Art. 436.- (APREMIO) “Art. 436 .- La obligación de asistencia se cumple bajo el apremio con allanamiento en su caso del domicilio de la parte obligada, y su oportuno suministro no puede diferirse por recurso o procedimiento alguno, bajo responsabilidad del juez y del fiscal. Las pensiones devengadas se liquidarán en el día y se ordenará su pago inmediato deduciéndose los abonos debidamente comprobados.”(BOLIVIA 1997:166)

A más de otras normas legales contenidas en el Código de Familia, el Código Penal también, dada la importancia de la asistencia familiar, tipifica algunas conductas referidas a este tema como delitos. Tal es el caso del Art. 248 (Abandono de familia): “Art. 248.- El que sin justa causa no cumpliera las obligaciones de sustento, habitación, vestido, educación y asistencia inherente a la autoridad de los padres, tutela o condición de

cónyuge o conviviente, o abandonare el domicilio familiar o se substraigere al cumplimiento de las indicadas obligaciones, será sancionado con reclusión de 6 meses a 2 años o multa de 100 a 400 días. En la misma pena incurrirá el que no prestare asistencia o no subviene a las necesidades esenciales de sus ascendientes o descendientes, mayores incapacitados, o dejare de cumplir, teniendo medios económicos, una prestación alimentaria legalmente impuesta.”(BOLIVIA 1997:115)

Si comparamos los artículos correspondientes al tema de la asistencia familiar contenidos en el Código Penal con los del Código de Familia, llegamos a la conclusión de que en la jurisdicción ordinaria tenemos dos acciones a disposición del demandante: la acción penal y la acción de petición de asistencia familiar, ambas fundadas en un mismo hecho: el incumplimiento de los deberes de asistencia.

1.2. Formulación del Problema.-

¿Cuál es la eficacia de la vía penal, frente a la familiar, para lograr el suministro oportuno de la asistencia familiar?

2. Objetivos.-

2.1. Objetivo general.-

- ✓ Determinar si es eficaz la vía penal frente a la familiar, para lograr el suministro de la asistencia familiar.

2.2. Objetivos Específicos.-

- Exponer el concepto y la importancia tanto del deber de asistencia como de la asistencia familiar.
- Analizar el contexto doctrinal y normativo de la asistencia familiar en la legislación boliviana.
- Estudiar los medios jurídicos, que ofrece la vía familiar para lograr el oportuno cumplimiento de la asistencia familiar.
- Analizar las normas tanto sustantivas como adjetivas de orden penal que tutelan el derecho a asistencia familiar.

- Valorar la eficacia de ambas acciones para el logro de un oportuno suministro de la asistencia familiar, tanto desde el punto de vista teórico como de su utilización en la práctica jurídica.

3. Justificación.-

En lo que respecta a la trascendencia científica, si bien, existen varios tratadistas y por consiguiente una diversidad de libros que hablen acerca de la acción penal, dándonos conceptos, su importancia, sus características, en fin, abarcando todo su desarrollo, a nuestro parecer, nadie tomó en cuenta el tema de la eficacia o ineficacia de esta acción referida a la asistencia familiar, para un oportuno suministro o cumplimiento de ésta obligación. Por tanto, esta investigación aportará al conocimiento de toda persona, referente al tema de la eficacia o ineficacia de la acción penal. Y, en cuanto a la utilidad social, dicho conocimiento favorecerá a toda aquella persona que requiera del mismo, es decir, por ejemplo que un abogado sabrá si utilizar o no esta acción para que a su cliente le sea satisfecho oportunamente el cumplimiento de una asistencia familiar. Y viceversa, toda persona necesitada de esta asistencia, sabrá si le conviene o no iniciar su petición por ésta vía o por otra. Y finalmente, tendrá utilidad para todas aquellas personas que estén sumergidas en el ámbito de esta ciencia llamada Derecho, y todas sus ramas afines a ésta.

4. Idea a defender.-

La vía penal, frente a la familiar, es ineficaz para lograr el suministro oportuno de la asistencia familiar porque busca la imposición de una pena cuyo cumplimiento ocasiona la permanencia del delito; razón por la que también es poco utilizada en la práctica jurídica.

5. Delimitación de la investigación.-

5.1. Delimitación temporal.-

La investigación será realizada en el primer semestre de la gestión 2014.

5.2. Delimitación espacial.-

El tratamiento de la presente investigación será realizada en el departamento de Pando, pero la realización de la misma contempla a todo el territorio nacional.

5.3. Delimitación sustantiva

Por el tema a ser tratado se recurrirá a emplear y hacer un estudio pormenorizado del Derecho de familia.

6. Diseño Metodológico.-

El trabajo propuesto requiere la aplicación de estrategias de investigación bibliográfica y empírica. La investigación bibliográfica comprenderá la revisión de la doctrina, la legislación nacional y la legislación comparada y tendrá por objeto profundizar el análisis de la eficacia o ineficacia de la acción familiar y la acción penal; casos en los cuales se da inicio a ambas acciones legales; sus efectos positivos y negativos, tanto en el órgano judicial como en la sociedad. Las normas de carácter familiar sobre los aspectos concernientes a la asistencia familiar serán interpretadas y sistematizadas empleando el método jurídico. La estrategia de la investigación empírica se adoptará para conocer el porcentaje en relación a las causas que ingresan en materia familiar y en materia penal, ambas en lo que se refiere a la asistencia familiar. Estos datos serán encontrados en el Tribunal Departamental de Justicia de la ciudad de Cobija, correspondiente a la gestión 2013.

CAPÍTULO I

EL DEBER DE ASISTENCIA FAMILIAR

1. Introducción

Al ser el objeto de estudio de la presente tesis la asistencia familiar, corresponde en este primer capítulo, caracterizarla en términos muy generales. Para ello, en la primera parte, y partiendo del concepto de familia, se analiza un conjunto de deberes que obligan a los miembros del grupo familiar a prestarse la asistencia y cooperación, deberes que tienen un fundamento en el derecho natural y que posteriormente fueron positivados al recogerlos el legislador en la regulación jurídica de las relaciones familiares.

Es en este conjunto de deberes donde se ubica el deber de asistencia familiar. En su sentido más estricto, es entendido como un deber de asistencia alimentaria. Al análisis de su importancia y características está dedicado el segundo apartado del capítulo. La tercera sección del capítulo introduce al análisis de la asistencia familiar el enfoque de género, mostrando cómo la concepción de la asistencia fue evolucionando históricamente hasta configurarse con rasgos que la caracterizan en la actualidad.

La importancia del capítulo para la globalidad de la tesis radica en que sienta las bases conceptuales y doctrinales a partir de las cuales se pueda examinar, en los siguientes capítulos, aspectos particulares de la regulación de la asistencia familiar en la legislación boliviana.

1.1. El deber de asistencia familiar en el contexto familiar

1.1.1. Concepto de familia

Según el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas, se entiende a la familia: "por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados. Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros (...)

Entiéndase también, por familia a aquél conjunto de personas o a la gente que vive en una misma casa o en un mismo techo bajo la autoridad del señor de ella”(CABANELLAS 1986:131).

Respecto al origen de la palabra familia, Ramiro Samos Oroza, cita en su libro "Apuntes de Derecho de Familia", a Luis E. Morgan, quien al respecto señala: "la significación del vocablo familia contiene los mismos elementos que famulus = sirviente, que se supone deriva del Hosco famel = servus, esclavo. En su sentido primitivo el vocablo no tenía relación con la pareja unida en matrimonio y sus hijos, sino con el conjunto de esclavos y sirvientes que trabajaban para su mantenimiento y que se hallaban bajo la autoridad del paterfamilis. El vocablo familia en algunas disposiciones testamentarias se emplea como sinónimo de patrimonium, que es la herencia que pasa al heredero. Fue introducido en la sociedad latina para definir una nueva organización, cuya cabeza mantenía bajo autoridad paterna a la esposa, hijos y servidumbres(...)" (SAMOS 1995:13).

Samos también refiere que, desde el punto de vista jurídico el término familia es de significación reciente, no aparece en el "VocabulaireJuridique" publicado bajo la dirección de Henry Capitan de 1930 a 1936. Los redactores de él no vieron un término de significación desde el punto de vista del derecho; la palabra familia en el Código Civil francés de 1804 no aparece más que incidentalmente refiriéndose al "consejo de familia" y en nuestro Código Civil de 1831 no encontramos tampoco la palabra familia, sin que esto signifique que los mencionados cuerpos legales no hayan tomado en cuenta instituciones tan típicamente familiares como el matrimonio, tutela, adopción, etc., pero las consideraron separadamente, refiriéndose a ellas en el libro de las personas. Tomemos a los conceptos anteriores como una base, pues, a lo largo de toda nuestra historia, la familia como tal ha tenido varias acepciones, por el mismo hecho de que el tiempo y el espacio han ido formando o, mejor dicho, transformándola finalmente hacia su organización actual desde una simple unión de un hombre con una mujer, es decir, fundada en una relación monogámica, hasta lo que hoy podemos llamar, desde una perspectiva sociológica, en una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco. Pero a su vez, tal como sucede en el campo sociológico, en el ámbito jurídico también podemos deducir el concepto de familia a los padres y sus hijos menores. Esta familia nuclear es el objeto de muchas normas tutelares específicas. De todo lo dicho resulta que la familia

puede definirse desde dos puntos de vista, uno amplio y otro restringido. Desde el primero, la familia es el conjunto de personas unidas entre sí por vínculos consanguíneos, de matrimonio, adopción y afinidad. Concepción de la familia que en nuestro ordenamiento tiene vigencia en cuanto se refiere por ejemplo a la asistencia familiar (Art. 15 del C. de F.) y la sucesión (Arts. 1083 y 1110 del C. C.). Desde un punto de vista restringido, la familia es la que está formada por el padre, la madre y los hijos sujetos a su autoridad (Arts. 97, 98, 159, 249 del C. de F.). La concepción de familia en el derecho, no ofrece un interés meramente académico, su importancia es más profunda. Tiene que ver con la organización, protección, desarrollo y asistencia de la comunidad social y jurídica más importante de un Estado. De ahí surge el interés legítimo de éste en la comunidad familiar; sobre todo si tenemos en cuenta que todo hace parecer que estamos a las puertas de transformaciones más importantes y trascendentales de las que hasta ahora hemos presenciado. Hay un nuevo orden que empieza a regir al mundo, el mismo que no podrá prescindir del hombre en su medio y entorno físico y moral natural, que es su propia familia, considerando a ésta como destinataria.

1.1.2. Concepto del deber de asistencia en la familia

Es necesario, en primera instancia, explicar el significado de los términos asistencia y deber.

En ese entendido, según Guillermo Cabanellas, asistencia es, "(...) Socorro, favor, ayuda(...)" (CABANELLAS 1986:28).

Por su parte, el Diccionario Larousse añade que ésta implica también un apoyo y por último una pensión alimenticia. Son los medios que se dan a una persona para mantenerse. En cambio, deber, según Cabanellas es: "como verbo, estar obligado(...). Necesidad moral de una acción u omisión. Impuesta por ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el orden social humano(...)" (CABANELLAS 1986:87).

Es estar obligado a algo por alguna ley divina, moral, natural o positiva. De lo anterior se puede colegir que deber de asistencia es toda obligación de asistir o prestar asistencia a quienes corresponda, según el vínculo o relación jurídica que exista entre las personas, pudiendo así constreñir a otro a dar, hacer o prestar alguna cosa. Aunque el deber de

asistencia en sentido moral puede existir respecto a cualquier ser humano, adquiere especial importancia cuando se deriva de la unión matrimonial, de la filiación o del parentesco. En virtud de estas relaciones existen, de manera independiente y habitualmente recíproca, determinados deberes y derechos que, entonces, pueden considerarse familiares.

1.1.3. Deber de asistencia en familia: su carácter y contenido

Considerado siempre desde el punto de vista ético - moral, el deber de asistencia en familia abarca una infinidad de componentes. No solamente comprende ayuda económica o material, sino también afectiva. Es decir, que puede ir desde una simple visita a los padres, abuelos, etc., hasta incluso proporcionarles una vivienda, si así lo requieren. De este complejo de acciones y/o actitudes de asistencia también deriva la "asistencia familiar" en sentido estricto, como un componente más del deber de asistencia. Se entiende por asistencia familiar en este sentido estricto la ayuda material y/o económica que se proporciona a un pariente necesitado de ella, generalmente en forma de una pensión. Una vez dada la idea de que el deber de asistencia es una obligación de carácter natural o moral fundamentalmente, es decir, que es en principio una obligación natural sembrada por Dios en el corazón de cada ser humano al igual que otras, es necesario anotar que dicha obligación puede adquirir el carácter de "obligación positiva", convirtiéndose en obligación jurídica. Sucede así cuando el deber natural es recogido por el legislador e incorporado en un cuerpo de leyes, el cual regula el cumplimiento del mismo. Al positivarse el deber de asistencia se vuelve exigible jurídicamente. En la legislación boliviana el deber de asistencia en familia se encuentra regulado en una serie de normas del Código de Familia referidas a la asistencia entre esposos, padres - hijos, hijos - padres, etc. De ahí se deduce que, entre los esposos tiene que haber fidelidad, asistencia y auxilio mutuo; además de tener ambos un domicilio conyugal elegido por decisión mutua, para su convivencia (Art. 97 del C. de F.).

También cada uno de ellos debe contribuir para satisfacer las necesidades comunes, en la medida de sus posibilidades, ya sea uno en defecto del otro (Art. 98 del C. de F.). Del mismo modo en condiciones de igualdad conyugal tienen el deber de la crianza y educación de los hijos; así lo señala el cuerpo legal familiar en su Art. 96. Por otra parte, en lo que a bienes se refiere, éstos son administrados por ambos cónyuges y en caso de

ausencia, incapacidad o impedimento de uno de ellos, el otro tiene el deber de administrarlos, según el Art. 114 del Código de Familia. En cuanto a las cargas familiares, el Art. 118 del cuerpo de leyes prenombrado indica que: "son cargas de la comunidad: 1) El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos, sean éstos de ambos cónyuges o de solo uno de ellos; 2) Las pensiones o asignaciones de asistencia familiar que cualquiera de los cónyuges está obligado por la ley a dar a sus parientes o afines; 3) El importe de lo donado o prometido por ambos cónyuges a los hijos para su matrimonio o establecimiento profesional; 4) Los gastos funerarios y de luto que ocasione la muerte de uno de los cónyuges o de ambos y de los ordinarios de la familia por el mes siguiente, deducidas las prestaciones del seguro social o de otra índole, si la hubiere; 5) Las deudas contraídas por el marido y la mujer, durante el matrimonio, en interés de la familia"(BOLIVIA 1993:65-66).

Otras, según el Art. 119 del Código de Familia, son las cargas patrimoniales, que: "también son de cargo de la comunidad:

- 1) Los gastos de administración de la comunidad de gananciales;
- 2) Los réditos caídos y los intereses vencidos durante el matrimonio, de las obligaciones a que estuviesen afectados tanto los bienes propios como los comunes;
- 3) Las cargas que pesan sobre los usufructuarios;
- 4) Los gastos de conservación ordinarios, hechos durante el matrimonio, en los bienes propios de uno de los cónyuges y los ordinarios y extraordinarios en los bienes comunes;
- 5) Las pérdidas en juego o apuesta lícitos, aunque no estén pagadas" (BOLIVIA 1993:66).

En caso de divorcio entre los cónyuges, "si el cónyuge que dio causa al divorcio no tiene medios suficientes para su subsistencia, el Juez le fijará una pensión de asistencia(...)"; así lo estipula el Art. 143 del Código de Familia. Respecto a la situación de los hijos en caso de divorcio, el Art. 145 del C. de F. señala que: "(...)todos los hijos menores de edad quedarán en poder del padre o de la madre que ofrezca mayores garantías para el cuidado, interés moral y material de éstos debiendo el otro cónyuge contribuir a la manutención de los mismos de acuerdo a sus posibilidades y en la forma que el juez

señale(...)”(BOLIVIA 1993:73). No se excluye la posibilidad de que los hijos queden a la guarda de los abuelos o entre los hermanos de los cónyuges, e incluso puedan ser confiados a terceras personas. El mantenimiento y educación de los hijos es menester del padre y de la madre, en proporción a las posibilidades de éstos y a las necesidades de aquellos. Así como los padres tienen obligaciones y deberes entre sí y para con sus hijos, por el hecho de haber sido ellos quienes decidieron traerlos al mundo -con el supuesto de que fue una decisión analizada, planeada, etc.-, dichas relaciones de deber y obligación son también recíprocas de parte de los hijos hacia sus progenitores. Por tanto, tal cual lo estipula el Art. 175 del C. de F.: "son deberes fundamentales de los hijos: 1) Respetar a sus padres y someterse a su autoridad en las condiciones previstas por ley. 2) Adquirir una profesión u oficio socialmente útil, de acuerdo a su capacidad. 3) Prestar asistencia a sus padres y ascendientes, cuando se hallen en la situación prevista por el artículo 20” (BOLIVIA 1993:86).

Quedan a salvo otros deberes particulares establecidos por las leyes. (Concuerta con los Arts. 15, 20, 241, 257, 258, 259, 278 del C. de F.). Dado el tema específico de la presente tesis, merece una especial mención la obligación de asistencia familiar en sentido estricto, regulada en la legislación nacional en los Arts. 14 y sgtes. y 428 y sgte. del Código de Familia. Estos establecen una verdadera obligación alimentaria, de carácter legal, a través de la cual se exige recíprocamente a los parientes una prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado. Esta relación de índole netamente asistencial, trasunta principios de solidaridad familiar en casos de contingencias que puedan poner en peligro la subsistencia física de uno de sus miembros y que le impidan circunstancial o permanentemente procurarse los medios necesarios para asegurar esa subsistencia. De acuerdo a la previsión legal, la cuota de alimentos se fijará teniendo en cuenta las necesidades y las posibilidades económicas del alimentante, para que tenga una razonable proporción con los ingresos de éste y el nivel de vida de las partes. Pero por elevados que sean los ingresos del alimentante, igualmente la cuota del pariente se limitará al monto que se requiera para cubrir las necesidades que resultan indispensables satisfacer. El Art. 15 del ya tantas veces citado cuerpo de leyes, con el título de PERSONAS OBLIGADAS A LA ASISTENCIA Y ORDEN DE PRESTARLA, indica quienes tienen el deber de prestar asistencia, en el orden siguiente: "1º El cónyuge; 2º los padres, y en su defecto, los ascendientes más próximos de estos; 3º los hijos, y en su defecto, los

descendientes más próximos de estos; 4º los hermanos, con preferencia los de doble vínculo sobre los unilaterales, y entre éstos los maternos sobre los paternos; 5º los yernos y las nueras; 6º el suegro y la suegra. Quedan reservados los deberes que se establecen entre esposos y entre padres e hijos por efectos del matrimonio y de la autoridad de los padres”(BOLIVIA 1993:26- 27).

Entonces, son éstos quienes tienen el deber de asistirse en el grado que les corresponde, ya sea por vínculos de parentesco, consanguíneos, de filiación y/o de afinidad. Volviendo al sentido amplio, de asistencia familiar, quedan comprendido en ella, la ayuda mutua, el respeto recíproco, los cuidados materiales y espirituales que los parientes, y en especial los cónyuges deben dispensarse. Por esa razón, el incumplimiento de la asistencia, en sentido amplio, ha sido considerado como causal de divorcio, tal como lo señala el Art. 130 del Código de Familia, en su inciso 5º) "Por abandono malicioso de hogar que haga uno de los cónyuges(...)". En ese sentido el divorcio procede no sólo cuando la inasistencia se revela como incumplimiento de la prestación alimentaria, sino también en otros casos en que la conducta desaprensiva de un cónyuge privó al otro de cuidados o apoyo en la relación permanente.

1.2. Asistencia familiar

1.2.1. Concepto y generalidades de la asistencia familiar

El Código de Familia denomina "asistencia familiar" a lo que en otras legislaciones y en la doctrina se conoce con el nombre de "alimentos". Cuando se elaboraba el Código, y en el anteproyecto del mismo, se hablaba de esta materia bajo el denominativo de "alimentos"; sin embargo, la primera edición oficial del Código se refiere al tema con el nombre de "asistencia familiar". Se considera que es más propio hablar de asistencia familiar que simplemente de alimentos pues, aunque técnicamente se comprenda en éstos todo lo necesario para la subsistencia de una persona, el término "asistencia familiar" da una idea más amplia y cabal de lo que se trata, que es todo lo necesario para la vida, y no como podría entenderse, sólo la comida. Es conveniente aclarar que la obligación de la asistencia familiar es diferente a la del mantenimiento. Esta última supone un contenido más amplio y, de ordinario, la convivencia de la persona que debe ser mantenida con aquella sobre quien recae la obligación. Además, en el mantenimiento basta la

insuficiencia de medios y no la necesidad, tal como se puede deducir de los Arts. 97, 258 inc. 3) y 264 del Código de Familia. La asistencia familiar es una típica manifestación de solidaridad entre parientes. Es la ayuda y cooperación que, en el ámbito de la comunidad familiar, deben prestarse entre sí quienes la constituyen por estar unidos por lazos jurídicos y naturales, pues sería repugnante a toda conciencia moral la presencia de un hijo rico y un padre en la indigencia; lo mismo ocurriría en el caso de los esposos y otros parientes cercanos. Nadie ha pedido venir al mundo por sí solo y son los padres quienes al procrear deben ser consecuentes con sus acciones. Así como biológicamente han contribuido al nacimiento de un nuevo ser, deben también otorgar a su hijo todo lo que éste necesite para vivir, y sea un hombre de provecho para sí, y la sociedad en su conjunto. De la misma manera, como el hijo ha recibido la vida y los medios necesarios para ella de sus padres, debe igualmente atenderlos y socorrerlos cuando lo necesiten. Esta es una conducta que se basa en valores importantes y trascendentales, como son el derecho a una vida digna, la educación, la salud, etc., aspectos a los que todos sin excepción, por su sola condición de humanos, propenden legítimamente; y es la pequeña sociedad -familia- donde quien tiene y puede debe contribuir a favor de quien no tiene ni puede; en razón además de un común linaje. Aclarado como está, que la obligación de asistencia familiar es diferente a la del mantenimiento, conviene destacar que el fundamento de la asistencia familiar entre los cónyuges (Art. 15, inc. 1) del C. de F.) y entre los convivientes (Art. 169 del C. de F.), radica en que se ha roto por culpa del cónyuge o conviviente que debe prestar la asistencia (Arts. 143 y 169 del C. de F.) la mutua promesa que se hicieron de vivir juntos, por lo tanto lo lógico es que si el cónyuge o conviviente inocente no tiene los medios necesarios para vivir (que sí los hubiese tenido viviendo juntos), obtenga del otro a lo que se comprometió. Podría decirse, al entendido de muchos, que este tema no tiene hoy la importancia de antaño, por el desarrollo de los seguros sociales. Esto quizás sea evidente o palpable en otros países, más no en el nuestro, donde el Seguro Social atraviesa una profunda crisis económica que lo hace cada vez más insolvente y sus prestaciones más escasas, circunstancia que podemos apreciar en la multitud de causas que por asistencia familiar se tramitan en los tribunales. Además, el Estado se ve imposibilitado en la práctica de poder atender a todos los necesitados. De acuerdo con la normativa vigente sobre asistencia familiar, ésta consiste en una suma de dinero y excepcionalmente en especie, que una persona llamada obligada debe proporcionar a otra llamada beneficiaria para satisfacer sus necesidades de

sustento, habitación, vestido, atención médica, y en su caso educación, conforme a las posibilidades de aquella y a las necesidades de ésta, en virtud de vínculos provenientes del matrimonio, parentesco o afinidad. El Código Civil colombiano distingue entre alimentos congruos y necesarios (Art. 413), y la misma distinción hace el Código Civil ecuatoriano (Art. 369). Dichas disposiciones indican que congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social. Y necesarios son los que le dan lo que basta para sustentar la vida. Aunque nuestro Código no hace expresamente tal distinción, se puede colegir que la asistencia que ha de brindarse a los hermanos mayores y a los afines (Art. 17 del C. de F.) se sitúa en la medida de lo estrictamente necesario. Es decir, en lo que simplemente basta para vivir. Tomadas del Art. 153 del Código Civil español, las disposiciones sobre asistencia familiar se aplican también supletoriamente a otros casos en los que, por disposición de la ley, testamento o convención, haya lugar a la asistencia (Art. 29 del C. de F.). Tales situaciones son las que se hallan estipuladas en el Art. 1204 del Código Civil, cuando habla de que el legado de asistencia se debe en los términos y forma establecidos en el Código de Familia. Igualmente en el caso de declararse probada una demanda de determinación judicial de paternidad (Art. 210 del C. de F.). Cuando el tutor, en representación de su pupilo, debe exigir a los parientes de éste se le otorgue asistencia familiar, salvo que él mismo sea obligado a darla (Arts. 315 y 353 del C. de F.). El propio Estado se obliga a la asistencia a favor de los incapaces en general, en los términos dichos (Arts. 248 C. F. y 26 del C. del Menor).

1.2.2. Caracteres e importancia de la asistencia familiar

El Art. 24 del Código de Familia señala: “El derecho de asistencia en favor de los menores e incapaces es irrenunciable e intransferible. El obligado no puede oponer compensación por lo que adeude el beneficiario. Las pensiones tampoco pueden ser objeto de embargo” (BOLIVIA 1993:29).

En la norma indicada aparecen implícitos determinados caracteres de la asistencia familiar a favor de los menores e incapaces. Es conveniente en esta parte, referir los caracteres de la asistencia familiar en general, haciendo énfasis en los aspectos a los que alude el Código en cuanto tiene que ver con la obligación de asistencia que se debe a los menores incapaces. Dichas características generales de la asistencia familiar son: es

personalísima, es recíproca, es inembargable, es circunstancial y variable, es imprescriptible y su cumplimiento es sancionado. A continuación, se pasa a describirlas.

1.2.2.1. Personalísima

La asistencia familiar es personalísima, esto es "intuitu personae", porque el derecho es una potestad o atribución meramente individual, inherente a la persona, no transmisible. Consiguientemente, habrá que destacar que se trata de un derecho (y correlativamente de un deber), por cuanto el Art. 15 del Código de Familia señala específicamente a las personas que se hallan obligadas a prestar la asistencia, y ellas son: el cónyuge, el padre y ascendientes, los hijos y en su defecto los descendientes, etc.; es decir, son precisamente esos individuos específicamente señalados en el Art. 15 -y no otros- los que tienen deber legal de prestar asistencia familiar en beneficio del sujeto beneficiario de la asistencia. Es también una obligación personalísima por cuanto la asistencia cesa, conforme señala el Art. 26 inc. 5) del C. de F., cuando fallece el obligado o beneficiario; lo que equivale decir que no estamos en nuestro derecho ante una obligación que se transmita a los herederos. La excepción la constituye el caso de que el fallecido fuese el beneficiario, en cuya situación se extiende la obligación por parte del alimentista a cubrir los gastos funerarios, siempre que no puedan cubrirse de otra manera como específicamente señala también el inc. 5) del Art. 26 del C. de F. En otras legislaciones esta situación no ocurre, tal el caso por ejemplo del Código Civil colombiano (Art. 1226, inc. 1º). Conforme al texto del Código de Familia, el carácter de obligación, y por consiguiente de derecho personalísimo de asistencia familiar, estriba en que la ley usa el término de "intransferible"; esto es, que no puede transferirse a otra persona el derecho a cobrar la pensión de asistencia familiar, porque se trata de una asignación que le sirve al beneficiario para satisfacer sus necesidades vitales. Igualmente el obligado no puede transferir esta obligación a una tercera persona porque ésta no tiene ningún vínculo legal para ser constreñida al cumplimiento de la obligación, conforme al Art. 15 del C. de F. citado anteriormente.

1.2.2.2. Recíproca

La asistencia familiar es recíproca, esto es, que quien tiene derecho a pedirla, puede ser también obligado a darla. Tal aspecto se infiere igualmente de lo señalado por el Art. 15

del C. de F.. Cuando la norma indica entre los obligados a la asistencia familiar: al cónyuge, se refiere, a uno y al otro. Si uno de los cónyuges puede ser obligado a otorgar asistencia familiar en beneficio del otro, a éste también -en su caso- le corresponde el derecho a reclamar pensión de asistencia familiar. Del mismo modo el Art. 15 del cuerpo de leyes ya nombrado señala como obligados a prestar la asistencia familiar a los padres y en su defecto a los ascendientes; pero igualmente indica que son los hijos y en su defecto los descendientes; los hermanos; los yernos y las nueras y el suegro y la suegra. Consiguientemente, se está ante una obligación de típica reciprocidad entre las personas que, según la ley, se deben asistencia familiar unas a otras.

1.2.2.3. Inembargable

Si el monto de asistencia familiar se halla destinado a satisfacer las necesidades vitales más premiosas del beneficiario, es lógico que la asistencia sea inembargable. Lo contrario podría significar que se condene a una persona (el beneficiario) a ser un mendicante, y que se le prive del único medio del que dispone para satisfacer sus necesidades (recuérdese que entre las condiciones para exigir el pago de la asistencia familiar se halla el de la necesidad e imposibilidad para satisfacer por sí mismo los gastos vitales que requiera el beneficiario). A pesar de lo dicho, la inembargabilidad no es una característica absoluta de la asistencia familiar. En efecto, el Art. 25 del C. de F. estipula lo siguiente: “Sin embargo las pensiones pueden cederse o subrogarse con autorización del juez de familia y en la medida que sea necesaria a favor de los establecimientos públicos y privados que suministren asistencia al beneficiario” (BOLIVIA 1993:29).

Resulta entonces que los establecimientos públicos o privados, que otorgan al beneficiario lo que requiere, pueden ser cesionarios en la pensión de asistencia familiar o subrogarse este pago, siempre con consentimiento judicial. La disposición legal es completamente lógica y comprensible, por cuanto son esos establecimientos públicos o privados quienes están otorgando al beneficiario lo que éste requiere para la satisfacción de sus necesidades vitales. Por ello, el monto que el obligado cancela para que el beneficiario satisfaga esas necesidades, es natural que pueda ser cedido o subrogado a esos establecimientos. Pero también los particulares pueden embargar la pensión de asistencia familiar cuando proveen a la satisfacción de las necesidades del beneficiario, más sólo en una quinta parte. Así expresa el segundo párrafo del Art. 25 del Código de Familia,

cuando señala: "las personas que proveen a la subsistencia del beneficiario pueden también reclamar sus créditos y embargar la pensión hasta la quinta parte de ésta"(BOLIVIA 1993:29).

El precepto ha sido modificado en el D. L. N° 14849, ya que en el texto original del Código la disposición decía: sin embargo, puede cederse o subrogarse las pensiones a favor de quienes provean al beneficiario de los elementos y servicios necesarios para su habitación, sustento, vestido, educación y asistencia médica farmacéutica, los que tienen derecho a reclamar sus créditos y embargar la pensión si fuere necesario. En el texto vigente se hace la diferencia entre los establecimientos públicos y privados por una parte y las personas particulares por otra parte. Los establecimientos pueden cederse o subrogarse con autorización del juez de familia el monto de la pensión de asistencia en la medida en que sea necesario; no existe un porcentaje específicamente determinado. En tanto que las personas particulares que provean a la subsistencia del beneficiario sólo pueden embargar una quinta parte de la pensión de asistencia. La modificación aludida en el D. L. N° 14849 vino a aclarar lo que en materia de asistencia familiar específicamente expresa el Art. 179 del Código de Procedimiento Civil, cuando refiriéndose a los bienes inembargables en su inciso 1º estipula que son bienes inembargables: "El ochenta por ciento del total mensual percibido por concepto de sueldo o salario, excepto el caso de la asignación por asistencia familiar en que el embargo podrá ser mayor de dicho porcentaje" (BOLIVIA 1995:53).

El inc. 2) del mismo Art. 179 del Código de Procedimiento Civil señala: "Las pensiones, jubilaciones, montepíos, rentas de vejez, invalidez y demás beneficios sociales establecidos legalmente, excepto el caso de la asignación por asistencia familiar"(BOLIVIA 1995:53).

Al respecto, Carlos Morales Guillen, en su Código de Procedimiento Civil concordado y anotado, señala: "No se alcanza a comprender la limitación consignada respecto de las asignaciones de asistencia familiar, sobre las que se autoriza un mayor porcentaje embargable. Limitación y excepción tales, resulta, sin lugar a dudas, sin justificación atendible, si se tiene en cuenta que el Código de Familia, en su Art. 14, define la asistencia familiar como lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y la atención médica (y educación, en caso de menores), condiciones por las cuales el Art. 24

del mismo Código especial, declara el derecho a la asistencia familiar, además de irrenunciable e intransferible, inembargable, salvo el supuesto taxativo de quienes proveen al beneficiario de los alimentos y servicios que conforman precisamente la asistencia (Art. 25 del C. de F.). No cabe duda de que ha faltado, también en este punto, la necesaria coordinación de concordancia en la formulación de los diferentes Códigos (...)" (BOLIVIA 1989:15).

Este aspecto ha venido a ser solucionado por lo que señala el Código de Familia en su texto actualmente vigente, con la modificación que le introdujo el D. L. N° 14849 antes referido.

1.2.2.4. Circunstancial y variable

En materia de asistencia familiar no existe ningún fallo que asuma el carácter de cosa juzgada. El Art. 21 del Código de Familia al respecto señala: "La asistencia se fija en proporción a la necesidad de quien la pide y a los recursos del que debe darla. Se tendrá en cuenta la condición personal de las partes y especialmente las obligaciones familiares a que se halla sujeta quien debe prestarla". (BOLIVIA 1993:28)

De aquí resulta que no existe ningún monto que sea fijo en calidad de asistencia familiar, puesto que la asistencia se determina según la posibilidad del que debe darla y según la necesidad de quien ha de recibirla; evidentemente no puede ser otro el carácter que asuma la ley. Sobre este particular no existe tampoco, y no puede haber, un porcentaje de los ingresos que percibe el obligado que indefectiblemente deba pagar al beneficiario. El Art. 28 del Código de Familia señala: "La pensión de asistencia se reduce o se aumenta de acuerdo a la disminución o incremento que se opera en las necesidades del beneficiario o en los recursos del obligado. También puede reducirse la pensión por mala conducta del beneficiario". (BOLIVIA 1993:30)

Por todo lo expuesto, uno de los típicos caracteres de la asistencia familiar radica en que es eminentemente circunstancial y eminentemente variable. Circunstancial, porque se otorga en tanto el obligado pueda proporcionarla y en el monto que pueda hacerlo. Recíprocamente, en tanto la necesite el beneficiario y en el monto en que la necesite. El segundo párrafo del Art. 21 del C. de F. señala que ha de tenerse en cuenta la condición personal de las partes; esto es que un monto de asistencia familiar ha de ser

conducente con el nivel social y cultural del beneficiario. Pero también ha de tenerse en cuenta las otras obligaciones a las que se halle reatado el obligado, especialmente las obligaciones familiares a que se halla sujeto quien debe prestarla. A más de lo dicho, se debe tener presente lo específicamente señalado por el Art. 28 del C. de F. que prescribe que la asistencia se aumenta o se disminuye según las posibilidades del obligado y las necesidades del beneficiario. Pero aún así la asistencia puede reducirse por mala conducta del beneficiario, si acaso no es tan grave como para justificar una cesación en la asistencia, que es el caso al que se refiere el Art. 26, inc. 3) del C. de F. Al respecto algunos autores comentan que ningún convenio o ninguna sentencia tiene en esta materia carácter definitivo. Pues todo dependería de las circunstancias; y si éstas varían, también debería modificarse la obligación, aumentar, disminuir o cesar la pensión, que se mantiene inalterable sólo en caso de que también se mantenga los presupuestos de hecho sobre cuya base se la habría fijado.

1.2.2.5. Imprescriptible

La asistencia familiar es imprescriptible en tanto la entendamos como el derecho a pedir asistencia familiar. Quien no pidió asistencia familiar seguramente no la necesitó, o pudo facilitarse lo necesario para vivir por su propia cuenta. Pero esto no quiere decir, de ninguna manera, que no vaya a poder pedir la asistencia cuando requiera de ella y se den los presupuestos a los que hicimos referencia anteriormente, al analizar quienes pueden pedir la asistencia familiar. En tanto que sí podrían ser prescriptibles las pensiones de asistencia ya vencidas. No hay en nuestro derecho ninguna disposición que señale que la asistencia familiar es imprescriptible, tal como podría ser caso de otras legislaciones que lo estipulen expresamente. Entonces, es necesario hacer una distinción entre el carácter imprescriptible de la obligación de dar alimentos y el carácter prescriptible de las pensiones ya vencidas. En este entendido, el derecho para pedir o exigir alimentos se considera imprescriptible. Luego, si la obligación es imprescriptible, el derecho del acreedor de obtenerlos también lo será. En lo referente a la prescripción de las pensiones ya vencidas, se podría hacer una especie de transacción que verse sobre las cantidades vencidas. Por otra parte, se podría colegir que el término de la prescripción se opera a los cinco años, pudiendo admitirse un común de diez años. Pero la cuestión podría perder interés una vez que se generalice la jurisprudencia, según la cual una prolongada

inactividad del beneficiario o alimentado, para cobrar las cuotas vencidas, harían caducar su derecho a ellas, pues se podría deducir que no le eran necesarias. Entonces, en cuanto al derecho boliviano se refiere, consideramos que la pensión ya vencida sí prescribe, a tenor de lo que dispone el Art. 1501 del Código Civil al señalar: "La prescripción sólo se suspende en los casos de excepción establecidos por la ley" (BOLIVIA 1990:228).

El Art. 1502 del mismo Código enumera expresamente los casos en los cuales la prescripción no corre, y en ninguno de los incisos que contiene el artículo se encuentra algo relativo a la imprescriptibilidad de las pensiones de asistencia familiar. Se podría argüir, que sería aplicable al caso que comentamos el inc. 6) del Art. 1502 cuando dice: "en los demás casos establecidos por la ley". Sin embargo, no hay establecida ninguna disposición legal al respecto. Por ende, es conveniente concluir que si el beneficiario no ha cobrado las cuotas vencidas durante el término que señala el Art. 1509 del Código Civil, que es de dos años, la cuota de asistencia familiar que corresponde a ese lapso ha prescrito. En efecto, el mencionado artículo indica que prescribe en dos años: "inc. 3) en general, todo lo que debe pagarse periódicamente por un año o por plazos más cortos". Es, sin embargo, importante destacar que la pensión de asistencia familiar en beneficio de los menores e incapaces en general no puede prescribir así se trate de cuotas vencidas mientras persista la situación de incapacidad de los beneficiarios, por el principio general del derecho que indica: *contra non valentem agere, non currit praescriptio*. La imprescriptibilidad en estos casos tiene su fundamento también en el Art. 24 del Código de Familia, cuando indica que la asistencia familiar a favor de los menores e incapaces es irrenunciable e intransferible. Por lo tanto, si los menores no pueden renunciar ni transferir el derecho que tienen a percibir asistencia familiar, lo lógico es que no puedan disponer de ese derecho, sino al fin específico que consiste en la satisfacción de sus necesidades. De aquí por qué no puedan renunciar al derecho a la asistencia familiar y tampoco pueda correr la prescripción respecto a ellos. Se concluye entonces, en que las pensiones de asistencia familiar ya vencidas o devengadas por más de dos años a favor de los mayores, sí prescriben. En relación a este punto cabe mencionar aún que en las Segundas Jornadas Judiciales que se llevaron a cabo por convocatoria de la Corte Suprema de Justicia en julio de 1990, se propuso la modificación del Art. 24 del Código de Familia, en la Comisión N° 5, indicando lo siguiente: "El Art. 24 del C. de F. que especifica

los caracteres del beneficio de asistencia familiar, no puntualiza todos aquéllos que la propia ley familiar le reconoce, consiguientemente, el artículo debe ser completado como sigue: el derecho de asistencia familiar a favor de los menores e incapaces es irrenunciable, intransferible, IMPRESCRIPTIBLE, obligatorio e inembargable”(BOLIVIA 1993:23).

1.2.2.6. Sancionado su cumplimiento

Si la asistencia familiar es la suma de dinero que debe ser pagada por el obligado para satisfacer las necesidades vitales del beneficiario, lógico es que exista por parte del ordenamiento jurídico de la nación la previsión de que el efectivo cumplimiento del deber de prestar asistencia familiar se halle respaldado por normas coercitivas, de tal manera que este deber no pueda ser burlado por el obligado a otorgar la asistencia familiar. En efecto, el Art. 436 del cuerpo de leyes ya antes mencionado indica lo siguiente: "La obligación de la asistencia familiar se cumple bajo el apremio con allanamiento en su caso del domicilio de la parte obligada(...)"(BOLIVIA 1993:166).

Por si lo anterior fuera poco, constituye delito el incumplimiento sin justa causa de las obligaciones de proporcionar sustento, vestido, educación y asistencia inherente a la autoridad de los padres, tutela o condición de cónyuge o conviviente, tal como previenen los Arts. 248 y 249 del Código Penal. Por lo tanto, quien deja de cumplir con las obligaciones de asistencia familiar, comete delito y puede ser enjuiciado por la vía criminal. Todo lo expuesto en relación a este punto refuerza la idea de una gran importancia que se reconoce al oportuno suministro de una asistencia familiar, ya sea que se trate de una prestación de alimentos o de la ayuda, material o moral, para los miembros de una familia. Por ello es también necesario un modo eficiente y eficaz para lograr su cumplimiento. Sin embargo, ante los dos modos de hacerlo, es de suponer que la vía familiar, mediante la acción de petición de asistencia familiar, resultaría la más efectiva, porque se centra en su objetivo, el de hacer cumplir con el deber de asistencia familiar.

1.2.2.7. Igualdad de género en el cumplimiento de la asistencia familiar

Antiguamente el deber de asistencia reflejaba una concepción de la familia en la que era el marido quien allegaba a su esposa y a los hijos todos los medios económicos para su subsistencia y desenvolvimiento económico. Esto era coherente con una concepción patriarcal de la familia en la que el marido asumía la representación legal de la mujer, y ésta, a su vez, era incapaz de hecho relativamente. No se concebía en la familia del siglo pasado, que la mujer contribuyese también a la satisfacción de las necesidades económicas del hogar. Por el contrario, a la mujer le estaba reservada exclusivamente la función doméstica del cuidado de los hijos y la casa. Por esta razón no es incoherente sostener que, en ese entonces, la economía -en realidad el deber de asistencia, y como su manifestación el deber de alimentos- pesaba exclusivamente sobre el marido, aunque luego la doctrina y la jurisprudencia flexibilizarían esta pauta, considerando que la mujer, si obtiene recursos a través de un trabajo remunerado, debe contribuir también a las necesidades económicas del hogar. Volviendo a retocar los puntos antes mencionados, en la actualidad, la igualdad jurídica de los cónyuges lleva, consecuentemente, a considerar que ambos, en la medida de sus posibilidades, deben contribuir a la satisfacción de las necesidades, no sólo en lo económico, sino también en lo relativo a otros aportes de orden doméstico. Pueden haber criterios diferentes que pongan en duda el acierto de un principio absoluto de igualdad que, solo pretexto de poner a la mujer en la misma condición que al hombre, en realidad la perjudica, al privarla de ventajas que algunas leyes le podrían haber concedido (o concederle), fundamentalmente el derecho a ser mantenida por el esposo, y la situación más favorable que tenía en cuanto al derecho alimentario. Pero, se entiende o se quiere entender, que ninguna reforma o nueva ley ha de privar a la mujer de ninguna ventaja, pues la letra de la ley, en su generalidad y necesario apriorismo, habrá de aplicarse en cada caso particular de acuerdo con las circunstancias. En una familia cuya economía gira alrededor del aporte económico exclusivo del marido, es natural que será éste quien habrá de proveer a la esposa los recursos necesarios. Sería absurdo considerar que la mujer también "alimenta" al marido, en el concepto pecuniario que se traduce en una cuota de dineros. El deber asistencial - que comprende lo alimentario, pero que no se agota en él- puede ser cumplido por la esposa, a través de sus tareas domésticas, en la atención de 1 hogar y de los hijos, aunque estas tareas ya no pesen exclusivamente sobre ella. Estos hechos colocan a ambos cónyuges en un concepto de paridad o cierta igualdad.

CAPÍTULO II

LA ASISTENCIA FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

2. INTRODUCCION

Aclarado el concepto de asistencia familiar, este segundo capítulo está dedicado al análisis de la regulación de la misma en la legislación boliviana. La primera sección del capítulo se refiere al marco legal de la asistencia familiar en su devenir histórico. Así, se examina la legislación abrogada, con la finalidad de tener un punto de contrastación de la legislación vigente y poder mostrar en forma contundente la evolución de los principios que subyacen a la regulación actual. En el segundo apartado del capítulo se examina la regulación propiamente dicha en sus aspectos sustantivos. De este modo se crean las condiciones para encarar el análisis de los aspectos procedimentales en el capítulo tercero.

2.1. Marco legal del régimen familiar en Bolivia

2.1.1. Legislación abrogada

El primer cuerpo legal que reguló en Bolivia, como república independiente, las relaciones familiares, era el Código Civil llamado Santa Cruz y sancionado en 1831. Este Código Civil tomó como su modelo al Código Civil Napoleónico de 1804, fruto a su vez de las doctrinas liberal e individualista reinantes en la época, como corolario de la Gran Revolución Francesa de 1789. Por ende, no es de extrañar que hubiere disuelto las relaciones familiares en relaciones simplemente entre individuos, concediendo preferencia al interés de las personas aisladas más que como miembros del grupo familiar. Los hermanos Mazeaud se refieren al Código Civil francés de 1804 de la siguiente manera: "Abrase el Código Civil; no se encontrará en él ni libro, ni título, ni capítulo, ni sección que se titule De la Familia. Más aun la palabra 'familia' está ausente del mismo, salvo en la expresión 'consejo de familia' y en el Art. 302, donde es sinónima de parentela... mas no se vaya a concluir de eso que los redactores del Código Civil y sus comentaristas hayan ignorado las relaciones jurídicas que rigen a la familia. Tratan extensamente del matrimonio, del divorcio, de la filiación, de la patria potestad, de las incapacidades. Pero por una parte, se ocupan de ella sobre todo desde el punto de vista puramente

individualista: se trata de regular las relaciones de particulares, entre ellos, asegurando la protección de cada uno; no consideran el interés general de la familia y de la sociedad. Por otra parte, tratan de esas instituciones, sin adquirir conciencia, o al menos sin adquirir plenamente conciencia, de que todas sus reglas se relacionan como una institución única: la familia cuya constitución, organización y disolución determinan" (MAZEAUD 1983:68).

Lo mismo cabe decir del Código Civil Santa Cruz, cuando trata instituciones tan típicamente familiares como el matrimonio, filiación, adopción, patria potestad, etc. Así, el Código reconocía la plena y única validez del matrimonio canónico, tal como lo señalaba el Art. 99 del mismo, estableciéndose las edades mínimas para contraerlo en 12 años para la mujer y 14 para el varón; sin embargo, era necesaria una autorización paterna para contraer enlace hasta los 25 y 23 años en el hombre y la mujer respectivamente, tal como disponía el Art. 93. En conformidad a este Código, los esposos se debían mutuamente fidelidad, socorro y asistencia, pero la mujer -por el sólo hecho del matrimonio- se encontraba bajo la autoridad del marido quien debía proporcionarle protección, estando obligada a convivir con él en el domicilio que el esposo eligiera.

Tampoco podía realizar los actos de la vida civil si no era con el consentimiento del esposo, excepción hecha de su comparecencia en materia criminal y de hacer testamento. Lo que quiere decir que, con respecto a la mujer, el matrimonio significaba una "capitisdeminutio". Los esposos contraían juntos la obligación de alimentar, mantener y educar a sus hijos. Estos, por equidad, tenían igual obligación alimentaria con respecto a sus padres. El Código Civil, por otra parte, reconoció la separación (manteniendo subsistente el vínculo jurídico conyugal) por adulterio, malos tratos, sevicia o injurias graves, siendo los tribunales eclesiásticos los únicos competentes para fallar sobre la separación; pero los alimentos (asistencia) se tramitaban por medio de los jueces civiles.

El 11 de Octubre de 1911 y el 19 de Marzo de 1912 se dictaron en el país dos disposiciones legales de máxima importancia dentro del quehacer jurídico de la familia: Ley de Matrimonio Civil y su Decreto Reglamentario. Es a partir de este momento que la ley sólo reconoce al matrimonio civil y determina el modo de celebrarlo. Así, el Estado asume para sí el derecho de darle una normatividad a la celebración de un acto tan trascendental en la vida social de las personas, por ser la única manera reconocida de formar familia y por cuanto ésta es considerada célula social y tutela de sus miembros. La

Ley y su Reglamento especifican, después, la forma de celebración del matrimonio por el Oficial del Registro Civil. Indican los documentos que debían presentarse para la mayor individualización o personalización de cada uno de los contrayentes, todo el trámite previo ante el mismo Oficial del Registro y la forma de cómo debía ser celebrado el matrimonio por este funcionario público. Igualmente se determina que las oposiciones al matrimonio, por quienes se hallaban facultados para hacerlo, se resolverían por los jueces instructores en lo civil. Como en el país no funcionaron las Oficialías de Registro Civil sino a partir del año 1940, la celebración de matrimonios hasta ese año estuvo a cargo de los Notarios de Fe Pública.

2.1.2. Legislación vigente

Cuando en los años 60 del presente siglo el gobierno de la República decidió acometer la tarea de renovar los códigos, como el Civil, de Procedimiento y otros, se propuso la redacción de un Código de Familia separado e independiente del Código Civil, por razones de orden doctrinal y social. Mediante D. S: N° 06038 de 23 de Marzo de 1962, se ordenó su redacción juntamente con la de otros códigos, y se conformó comisiones para tal fin. Pero recién el 28 de Enero de 1972, mediante Decreto Supremo, se organizó una Comisión Coordinadora de Códigos que entregó su trabajo al Gobierno, el cual, mediante D. L. N° 10426 de 23 de Agosto de 1972 aprobó como ley de la República al Código de Familia, además de otros, señalando el 2 de Abril de 1973 como fecha de inicio de su vigencia; empero, mediante D. L. N° 10772 de 16 de Marzo del mismo año, se postergó la puesta en vigencia del Código de Familia hasta el 6 de Agosto del mismo año, constituyéndose así Bolivia en uno de los primeros países del mundo occidental en contar con un Código de Familia propio, separado e independiente del Código Civil.

Luego, en las Primeras Jornadas Judiciales, llevadas a cabo en el año de 1977, se propusieron algunas modificaciones a dicho cuerpo de leyes, las cuales fueron recogidas en el D. L. N° 14849 de 24 de Agosto de 1977. El Código de Familia así reformado, se halla vigente desde el 26 de Agosto de 1977. El Código de Familia, al igual que otras disposiciones legales vigentes de la República desde 1972, fue aprobado y reformado mediante decretos leyes. Nuevamente iniciada la vida constitucional del país en 1982, el Congreso -más por motivos políticos que técnico jurídicos- se pronunció sobre la nueva codificación, hecho que motivó la sanción de la Ley N° 996 de 4 de Abril de 1988, que

eleva a rango de Ley de la República al Código de Familia puesto en vigencia por Decreto 10426 de 23 de Agosto de 1972, con las modificaciones efectuadas por Decreto 14649 de 24 de Agosto de 1977. El Código de Familia no sólo es una compilación de disposiciones sobre la materia, sino un Código realmente nuevo que, además de introducir reformas básicas, ha creado ciertas figuras que merecen un estudio a fondo. Constituye un cuerpo de leyes sistematizado y de fácil comprensión. Reúne en un sólo volumen la parte sustantiva y la procesal, facilitando su uso y aplicación. Pretende, también, ser lo más completo posible. Tal vez por ello regula muchos aspectos relativos a la solución de problemas familiares con exceso de rigor, cargando aún más el trabajo y responsabilidad en el elemento humano que administra justicia. Por otro lado, en lo que se refiere a la estructura y sistemática del Código, éste se halla dividido en un título preliminar y cuatro libros; éstos, a su vez, se dividen en títulos, capítulos, secciones y artículos que suman un total de 480. Incluye también un anexo del Art. 69 inc. 3), relativo al discurso que debe pronunciar el Oficial del Registro Civil al realizar el acto del matrimonio.

Se trata de una especie de síntesis de los derechos y deberes de los cónyuges, así como de los efectos que produce el matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales. El Primer Libro trata todo lo relativo a la constitución del matrimonio, invalidez, efectos, disolución y separación de los esposos; también trata de las uniones conyugales libres y de hecho y, finalmente, del divorcio. El Segundo Libro abarca todo lo referente a los hijos naturales y los adoptivos; del mismo modo, habla de la filiación, derechos y deberes de los hijos. El Tercer Libro regula la autoridad de los padres, la tutela, la asistencia y protección que se debe brindar a los incapaces, todo esto en el ámbito familiar; del mismo modo se ocupa de la emancipación de la autoridad de los padres. Por último, el Cuarto Libro se refiere a la jurisdicción y los procedimientos familiares especiales. Existen también en este cuerpo de leyes dos artículos transitorios: uno sobre Asuntos en Trámite y otro sobre Jueces y Fiscales de Familia. El Código finaliza con un anexo sobre el divorcio y las medidas provisionales.

2.1.3. Principios de la regulación y aplicación del régimen familiar en Bolivia

Como a todo cuerpo legal, también al Código de Familia subyacen ciertos fundamentos y/o principios que inspiran el modo en que se regula la materia.

2.1.3.1. Dignidad humana

Los miembros de la familia deben recibir un trato compatible con su carácter de personas humanas dentro de las jerarquías familiares, sin calificaciones lesivas o perjudiciales a su vida en sociedad como solía ocurrir, por ejemplo, con la triple calificación de los hijos, que daba a conocer la naturaleza de su verdadero origen. Esta calificación posteriormente fue suprimida tal como lo estipula el Art. 176 del Código de Familia, prohibiendo su uso en los actos oficiales y privados de las personas. Lo mismo cabe decir de la extensión de la asistencia familiar (Art. 14 del C. de F.) y su oportuno cumplimiento, incluso bajo apremio (Art. 436 del C. de F.), con el propósito de que el beneficiario lleve una vida digna de ser humano.

2.1.3.2. Igualdad

Este principio se refleja en dos aspectos fundamentales; el primero se refiere a las relaciones entre esposos. Estos, conforme al mandato constitucional, tienen iguales derechos y deberes en interés de la comunidad familiar (Art. 96 del C. de F.). El segundo aspecto es relativo a la igualdad de los hijos sin importar su origen, conforme lo estipula el Art. 173 del mismo cuerpo de leyes.

2.1.3.3. Solidaridad

El principio de solidaridad se manifiesta en el trato de los esposos, tanto en relación de índole personal -se deben mutuamente asistencia, socorro y fidelidad (Art. 97 del C. de F.)- cuanto de índole patrimonial, la comunidad de bienes gananciales (Art. 101 del C. de F.). Pero este principio va más allá del ámbito conyugal, pues abarca incluso a algunos miembros de la familia extendida. Tal sucede en el caso de la asistencia, mencionado en el Art. 15 del ya tantas veces citado Código de Familia.

2.1.3.4. Interés superior de la familia

El Art. 2º del Código de Familia referido a criterios rectores en la aplicación del cuerpo legal, señala lo siguiente: "Los jueces y autoridades, al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, tendrán en cuenta el estado o condición de las personas como miembros del grupo familiar y concederán prevalencia al interés que corresponde a la familia sobre el particular de sus componentes y de terceros" (BOLIVIA 1993:23).

Según este precepto, en la solución de asuntos de la familia se debe considerar, primero, el estado o condición de las personas como miembros del grupo familiar y luego, debe darse prevalencia al interés superior de la familia sobre el particular de los componentes y aún de terceros. Esto significa que la legislación familiar no opera con respecto a individuos particulares o sujetos autónomos que tienden a satisfacer su propio interés, sino con respecto a miembros de una agrupación dotados de un estado o condición, es decir, de una cualidad jurídica específica: marido o mujer, padre o madre, hijo o hija, etc. La misma les indica o señala un puesto o situación dentro de ella y les atribuye ciertos derechos y ciertos deberes. La totalidad que forma la familia reviste un interés superior en razón de su valor ético y social: es la base de la sociedad y ésta lo es del Estado. Esos derechos y deberes se ejercen en función y en beneficio del grupo, hallándose al servicio de ese interés superior que se sobrepone al de los miembros y aún al de terceros. En la medida en que la familia sea respetada, su interés y su valor deben prevalecer; en caso contrario se debilitaría su importancia y de este modo se produciría su desarticulación. Los criterios anteriormente enunciados tienen valor de idea directriz en la ordenación jurídica de la familia; se proyectan a través de toda la estructura normativa del Código, en la que encuentran manifestaciones particulares, que se concretan también en aspectos propios del núcleo familiar y en las decisiones judiciales. Pero, habrá que advertir que la primacía del interés familiar debe realizarse en términos compatibles con la dignidad y libertad esencial del hombre, para no falsear el verdadero sentido de la ley y de la realidad subyacente.

2.2. Regulación de la asistencia familiar en Bolivia

Exponer la regulación de la asistencia familiar en Bolivia exige referirse a puntos tales como: quienes deben darla o proporcionarla, quienes la reciben o la requieren -en cada uno de estos casos, con los respectivos requisitos o señalamientos taxativos de ley-, los diferentes modos o clases de darla o hacerla efectiva y, finalmente, cuando cesa en su cumplimiento o en qué casos se deja de darla.

2.2.1. Personas obligadas a proporcionar la asistencia familiar

Dada la gran importancia que tiene la asistencia familiar, ésta puede ser considerada de interés social y de orden pública, derivada de las relaciones familiares, y por ello legal, en

cuanto es la propia ley la que señala a las personas obligadas a prestarla y el orden de hacerlo, estableciendo una verdadera gradación. Es de este modo, que el Art. 15 del Código de Familia determina a las personas obligadas a prestar asistencia: “en el orden siguiente:

- 1) El cónyuge;
- 2) los padres y en su defecto, los ascendientes más próximos a éstos;
- 3) los hijos y, en su defecto los descendientes más próximos a éstos;
- 4) los hermanos, con preferencia los de doble vínculo sobre los unilaterales y entre éstos los maternos sobre los paternos;
- 5) los yernos y las nueras;
- 6) el suegro y la suegra (...)” (BOLIVIA 1993:26).

El artículo está inspirado en el Art. 433 del Código Civil italiano. Por ello el Art. 15 de nuestro Código en su redacción original establecía -lo mismo que su modelo italiano- a los hijos como obligados a la asistencia en segundo lugar. Ese orden se comprende en el derecho sucesorio, pero no en asistencia familiar; por ello precisamente se corrigió el orden, como hoy aparece, en el D. L. 14849 de 24 de Agosto de 1977. Obsérvese que el Art. 15 del Código de Familia habla de un orden de obligados a prestar asistencia familiar, y entonces resulta que el llamado en primer término es el cónyuge. Aquí conviene señalar que tanto puede ser el marido como la mujer, en razón del principio de la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges. Este principio está establecido en el parágrafo I del Art. 63 de la Constitución Política del Estado, con el cual es concordante el Art. 96 del ya tantas veces citado Código de Familia. Como ya se había mencionado anteriormente, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, las uniones conyugales libres o de hecho producen entre los convivientes efectos similares al matrimonio, tal como lo indica textualmente el Art. 63, parágrafo II de la Constitución Política del Estado: “I. El matrimonio entre un hombre y una mujer 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 y en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquellas”(BOLIVIA 2009: 65-66).

Es concordante con esta previsión constitucional el Art. 159 del Código de Familia, según el cual el primer obligado a prestar asistencia familiar en caso de unión conyugal libre o de hecho, es el conviviente. El Art. 161 a su vez dispone: "La fidelidad, la asistencia y la cooperación son deberes recíprocos de los convivientes (...). La asistencia y cooperación proporcionadas por uno de los convivientes al otro, no se hallan sujetas a restitución ni retribución (...)" (Bolivia 1993:78).

El segundo lugar, entre los obligados a prestar asistencia familiar, lo ocupan los padres y, en su defecto, los ascendientes más próximos de éstos. La ley no hace distinción de sexos como tampoco de abuelos o bisabuelos paternos o maternos de quien requiere la asistencia. Es importante señalar, como indica la norma, que a falta de los padres -ya sea que éstos hayan muerto, se encuentren ausentes o imposibilitados de otorgar asistencia familiar- corresponde la obligación a los abuelos paternos y/o maternos, bisabuelos, etc. En un tercer lugar se hallan los hijos y, en su defecto, los descendientes más próximos a éstos. Se explicó ya que no hay diferencia entre los hijos para el ejercicio de sus derechos o cumplimiento de sus deberes, cualquiera sea su origen; así lo estipula el Art. 59 de la Constitución Política del Estado: "Todas las niñas, niños y adolescentes, sin distinción de su origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores (...)", y en forma concordante el Art. 173 del C. de F. Entonces, se entiende que están obligados a prestar asistencia familiar a sus padres y ascendientes los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, incluidos, por supuesto, los adoptivos, y los descendientes de éstos. Al parecer, el cónyuge, los padres y ascendientes, los hijos y descendientes son los principales obligados a la asistencia familiar; por lo menos ello se da con más frecuencia en la realidad. Es decir, la obligación de proveer lo necesario para la vida recae sobre ellos fundamentalmente como una consecuencia de la procreación. De ahí que la asistencia familiar tiene un campo esencial de aplicación entre los parientes en línea directa; aparte de las obligaciones impuestas por el matrimonio entre los cónyuges. En lo que se refiere a obligados en caso de adopción -el cual es un parentesco civil que se establece como consecuencia de un acto de la autoridad judicial que atribuye la calidad de hijo del adoptante al que lo es naturalmente de otras personas, creándose de este modo un vínculo entre el adoptante, el adoptado y los descendientes de éste- es lógico que la asistencia familiar tenga aplicación sólo entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes. Si dos o más niños fueron adoptados por una misma persona, entre los

adoptados no existe ningún vínculo jurídico, como no sea de impedimento para el matrimonio. Pero, no existe en todo caso recíproca obligación de prestarse asistencia familiar. Dicha situación no es del todo justa a nuestro parecer, pues, si han sido adoptados uno o más, éstos entre sí resultarían ser también como hermanos, aunque no sea de sangre, pero sí, en convivencia, por estar bajo la misma tutela, etc.; por tanto, debería existir entre ellos un derecho recíproco a otorgarse una asistencia familiar, cuando lo amerite la situación. Por otra parte, el Art. 15 del C. de F., en su inc. 4º) indica también que están obligados a la asistencia los hermanos de doble vínculo, de padre y madre. En primer lugar, por cuanto entre ellos existe precisamente un doble vínculo referido a un padre y a una madre comunes; y, en segundo lugar, porque de ordinario ha existido entre ellos convivencia, cuando menos en su infancia. Luego se encuentran los hermanos unilaterales, es decir, los que son hermanos por un solo vínculo: los que tienen una madre en común, hermanos maternos o también llamados uterinos, y luego; hermanos de padre o consanguíneos. Se encuentra lógica esta preferencia pues los hermanos uterinos han tenido generalmente una convivencia común, por lo menos en su infancia, lo cual no ocurre normal o comúnmente con los hermanos consanguíneos. Ya para concluir, habrá que observar que la asistencia familiar entre parientes colaterales es legalmente exigible sólo tratándose de hermanos; quedan de ella excluidos todos los demás parientes colaterales, como ser tíos, sobrinos, primos, etc. Por otro lado, si bien es cierto que la afinidad es la relación existente entre un cónyuge y los parientes del otro, tal como lo indica el Art. 13 del C. de F., existiendo la obligación de prestar asistencia familiar, ésta se reduce exclusivamente a los yernos, a las nueras y a los suegros, tal cual lo señalan los incs. 5º y 6º del Art. 15 del C. de F. Como éstos se encuentran en el último lugar, sólo habrá acción en el caso de que no haya cónyuge, ascendientes ni descendientes, ni hermanos; además, sólo en la medida de lo estrictamente necesario, tal como expresamente lo estipula el Art. 17 del cuerpo de leyes prenombrado.

2.2.2. Requisitos o condiciones que deben cumplir las personas a ser beneficiadas con la asistencia familiar

Para que sea procedente una demanda de asistencia familiar, es imprescindible acreditar, en primer lugar, la existencia de un vínculo jurídico entre quien demanda la asistencia, beneficiario, y la persona a la que se demanda la asistencia, obligado. No puede

demandarse asistencia familiar si acaso no existe un vínculo jurídico entre peticionario y obligado. El vínculo jurídico ha de estar demostrado en el memorial de demanda; es éste el primer requisito que se exige para demandar la asistencia familiar. Como quedó dicho líneas arriba, las disposiciones sobre la asistencia familiar son aplicables también a otros casos, tal cual sucede por ejemplo en una donación con carga o remuneración. En tal situación será imprescindible, para hacer procedente la demanda de asistencia familiar, acreditar el vínculo jurídico entre donante y donatario. Además de demostrar la existencia del vínculo, el peticionario de asistencia familiar debe acreditar que se halla en una situación de necesidad, tal cual lo estipula el Art. 20 del C. de F.: "La asistencia sólo puede ser pedida por quien se halla en situación de necesidad y no está en posibilidad de procurarse los medios propios de subsistencia" (BOLIVIA 1993:28).

La asistencia familiar no puede ser, de ninguna manera, una forma de enriquecimiento o de obtener ventaja, lucro, en provecho o en favor del beneficiario o peticionario y en desmedro del obligado. La necesidad habrá que entenderla en cierto modo como la falta de recursos, que el peticionario requiere para poder solventar sus gastos esenciales que le permitan subsistir. Otra situación o estado que ha de ser demostrado por quien pide la asistencia familiar, será la que se halle en imposibilidad de satisfacer por sí mismo, mediante su propio trabajo, todo lo que necesite para cubrir sus necesidades. A este respecto habrá que comentar que, al señalar la norma que "no pueda adquirirlos con su propio trabajo", no busca proteger a los haraganes ni a quienes no puedan encontrar un trabajo adecuado o que no esté hecho a su medida. En todo caso, será necesario por ejemplo: que exista una enfermedad, un accidente, que el accionante sea un niño o un anciano, que haya un estado social de desocupación, etc. La necesidad o falta de medios se traduce en un estado de indigencia o insolvencia que impide la satisfacción de los requerimientos alimentarios. Se trata de una cuestión de hecho sujeta a la apreciación judicial. Así, por ejemplo: el goce de una jubilación o la existencia de bienes de capital que no producen rentas son situaciones incompatibles con el estado de necesidad. En otras palabras, lo fundamental es que se carezca de medios económicos que permitan sufragar las necesidades. Aunque el pariente que solicita alimentos careciese de medios económicos, si está en condiciones de obtenerlos con su trabajo, no procederá fijar a su favor una cuota alimentaria. Por ello, se debe rechazar la pretensión de quien no justifica en forma alguna hallarse, por razones de salud u otra cualquiera, impedido para adquirir

los medios de subsistencia con su trabajo personal. No bastará invocar la falta de trabajo, sino que habrá de acreditarse la imposibilidad de obtenerlo, sea por impedimentos físicos, por razones de edad o de salud, etc. No interesa a la ley el motivo determinante que ha conducido al pariente que solicita los alimentos a su estado de indigencia; aún cuando se tratase de su prodigalidad anterior, gastos excesivos u otras circunstancias que se imputen a imprevisión o mala administración. Sin embargo, no puede convalidarse el ejercicio abusivo de este derecho; ello ocurriría, por ejemplo, si se demostrara que deliberadamente el pariente ha dilapidado sus bienes, no hallándose en condiciones físicas para trabajar, habiendo tenido en cuenta para ello que luego podría obtener del pariente de una buena o estable posición económica los recursos que le resulten necesarios. Hay necesidad de advertir, con relación a este punto, que los hijos menores no tienen que demostrar en forma especial su situación de necesidad y la imposibilidad de satisfacer por sí mismos lo que requieran para su propia vida. Por ello, hay que entender que los menores, por ser seres humanos, requieren lo suficiente para vivir, en todo lo que ha de comprender la asistencia familiar que, como ya se mencionó, es, de acuerdo al Art. 19 del C. de F., todo lo indispensable para el sustento, la habitación, el vestido y la atención médica; también los gastos de educación y aquellos que sean imprescindibles para adquirir una profesión u oficio. De hecho, la condición de menores les imposibilita realizar por si mismos las actividades que procuran satisfacer sus requerimientos vitales. De ahí que, tratándose de hijos menores, los requisitos de necesidad e imposibilidad se presuponen. El deber de otorgar asistencia familiar al hijo va más allá de la mayoría. En efecto, cuando el Art. 258 del C. de F. en su inc. 3º) hace referencia a los deberes y derechos de los padres: "el de mantener y educar al hijo dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes". Esta previsión comprende la subsistencia de deberes a los que se refiere el Art. 264 del mismo código, cuando señala: "El deber de mantenimiento y educación a que se refiere el inc. 3º del Art. 258, subsistente después de la mayoría en beneficio de los hijos que no se hallen en situación de ganarse la vida, así como de los que no han adquirido o acabado de adquirir una profesión u oficio, hasta que los adquieran, salvo, en este último caso, que haya culpa grave del hijo"(BOLIVIA 1993:117).

En conformidad a la norma del Art. 264, es importante advertir que habla de hijos "que no se hallan en situación de ganarse la vida"; o sea, no se presupone en principio el estado

de imposibilidad tratándose de hijos mayores. Del mismo modo, es conveniente destacar que la obligación de los padres no rige en el supuesto de que haya culpa grave del hijo, cuando no tenga lo necesario para satisfacer sus necesidades. La prestación comprende no sólo la satisfacción de las necesidades vinculadas a la subsistencia, sino también las más urgentes de índole material -habitación, vestido, asistencia en las enfermedades, etc.- y las de orden moral y cultural indispensable, de acuerdo con la posición económica y social del alimentado. La cuota se fijará para atender los gastos ordinarios, o sea los de carácter permanente que necesitan el periódico aporte del alimentante; los que son gastos de subsistencia, habitación y vestido, los de, educación y los que son indispensables para una vida razonable, quedan excluidos los superfluos o de lujo. Pero también se podría fijar una cuota especial, por reclamo autónomo, para atender a ciertos gastos extraordinarios, tales como los de asistencia médica, farmacia, internaciones, mudanzas, funerarios por sepelio del alimentado, provisión de libros de estudio en determinada época del año, etc. Por otro lado, en el caso del cónyuge en situación de divorcio se fijará una asistencia familiar a favor de aquel que no tiene medios para su subsistencia, conforme señala el Art. 143 del C. de F. El mismo precepto dispone que si el divorcio se declara por culpa de ambos cónyuges, no hay lugar a dicha asistencia. El último párrafo del mismo artículo, el cual es un añadido de la Ley 996, establece: "En caso de divorcio declarado con apoyo del Art. 131 (Separación de hecho), se fijará una pensión de asistencia al cónyuge que la necesite". De lo anterior hay que entender que el cónyuge que no dio causa al divorcio tiene derecho a recibir una pensión de asistencia familiar, más no el cónyuge culpable por el divorcio. Si el divorcio se declara por culpa de ambos cónyuges, no hay lugar a la asistencia. Pero, el aditamento que ha hecho al Art. 143 la Ley 996 dice que en el caso de la separación libremente consentida y continuada por más de dos años, se fijará una pensión de asistencia al cónyuge que la necesite. Consecuentemente, este agregado de la Ley 996 parece no estar muy atinado, pues, cuando los esposos se divorcian por la separación de hecho libremente consentida y continuada por más de dos años, estamos ante una especie de divorcio remedio, el mismo que se da cuando el matrimonio ya no puede cumplir con la función que la sociedad y el Estado le atribuyen. En el supuesto de que la empresa matrimonial no ha podido llevar a cabo los fines para los que fue concebida, se da una razón objetiva para el divorcio. Es acá que se habla del mencionado divorcio remedio, que tiende precisamente a poner fin a esas uniones matrimoniales que no pueden continuar, y que pone de

manifiesto la quiebra matrimonial. Consecuentemente, se puede llegar a la conclusión que es menester de ambos cónyuges mantener el vínculo jurídico conyugal, y la separación es atribuible a ambos. Como se dijo anteriormente, la cuota de alimentos () se fijará teniendo en cuenta las necesidades del alimentado y las posibilidades económicas del alimentante, para que tenga una razonable proporción con los ingresos de éste y el nivel de vida de las partes. Pero, por elevados que sean los ingresos del alimentante, igualmente la cuota del pariente se limitará al monto que se requiera para cubrir las necesidades que resulta indispensables satisfacer, tal como se lo explicó con anterioridad. En cuanto a la obligación alimentaria, en lo que respecta a la medida de los alimentos, hay que tener en consideración la condición económica de quien debe suministrarlos, pero, además, la necesidad, habida cuenta de la posición social de quien ha de recibir los alimentos, pero sin que exceda de los límites de lo necesario. La medida de los alimentos puede variar en función del cambio sobrevenido en las condiciones económicas de quien recibe la asistencia, o del obligado; y puede ser reducida, por la conducta desordenada o reprobable del alimentado. Puede darse el concurso de varios obligados respecto del mismo alimentado y de varios alimentados frente al mismo obligado (Arts. 18 y 19 del C. de F.). En el primer caso se divide el pago entre ellos, en proporción a sus recursos económicos; en el segundo caso se tendrá en consideración la proximidad del parentesco y la posibilidad de que alguna o algunas de las personas reclamantes obtengan asistencia de los obligados de orden posterior.

2.2.3. Clases o modos de prestar la asistencia familiar

La asistencia familiar debe cumplirse en forma de pensión o asignación pagadera por mensualidades vencidas a partir del día de la citación con la demanda, tal como expresamente señala el Art. 22 del C. de F. Esto equivale a decir, que ha de cubrirse la obligación de asistencia familiar precisamente en dinero, en principio. El Código habla de pensión y por ésta Guillermo Cabanellas entiende: "suma de dinero que percibe una persona para su alimentación y subsistencia"(CABANELLAS 1988:241).

Nótese que la asistencia familiar debe pagarse en una suma de dinero que corre a partir del momento de la citación con la demanda. No comprende los gastos que haya tenido que realizar el beneficiario antes de acudir al órgano jurisdiccional, porque se entiende que si no lo hizo fue porque no necesitaba. Véase igualmente que la asistencia se paga

por mensualidades vencidas. En cambio, en otras legislaciones, como por ejemplo en la argentina, los alimentos se pagan por meses anticipados. Habrá que entender que la previsión del legislador nacional tiene como fundamentos dos aspectos:

- 1) que el obligado recibe sus haberes, salarios, ingresos en general por mensualidades vencidas también, no recibe sus emolumentos por mensualidades anticipadas y,
- 2) porque de ordinario se paga la pensión, alquileres de vivienda y otros gastos, según las costumbres nacionales, por mensualidades vencidas.

El cumplimiento de la obligación de asistencia familiar es, como quedó dicho, satisfecha mediante el pago de una suma de dinero. Sin embargo, la propia ley autoriza que la asistencia familiar sea cumplida de manera subsidiaria, distinta al pago de la pensión o asistencia fijada, si concurren motivos que así lo justifiquen, tal como expresamente señala el Art. 23 del C. F. Se comprende por cumplimiento de modo subsidiario el hecho de que el obligado proporcione al beneficiario la asistencia en especie; es decir, en aquellos artículos que son indispensables para la satisfacción de las necesidades más premiosas de ese. El propio Art. 23 del C. F. indica que el obligado puede ser autorizado a recibir en su casa al beneficiario, "salvo razones graves que hagan inconveniente la medida". En cualquier situación, el modo subsidiario de otorgar la asistencia familiar, ha de contar con la autorización judicial correspondiente. Puede suceder también que existan varias personas que tienen derecho a reclamar la pensión de asistencia familiar a un solo obligado (no es el caso de los principales obligados a los que se refiere el Art. 15, incs. 1 al 3). La situación de concurrencia de varios derecho - habientes se halla prevista por el Art. 18 del C. F., cuando dispone que, existiendo varios derecho - habientes ante un mismo obligado que no se halla en posibilidades de satisfacer las necesidades de cada uno de ellos, el juez puede admitir que provean a esos beneficiarios otras personas teniendo en cuenta la proximidad del parentesco o, que algunas de las personas reclamantes obtengan asistencia de los obligados de orden posterior. Situación inversa a la dicha en el párrafo precedente, es la que ocurre cuando dos o más personas resultan obligadas en el mismo orden a prestar la asistencia familiar. En tal situación, como dice el Art. 19 del C. F., las personas obligadas se dividirán los gastos que demande la asistencia del beneficiario conforme a sus posibilidades. Si alguno de esos obligados no está en

posibilidades de atender en todo o en parte el monto que requiera el beneficiario, o si no es posible obtener el pronto cumplimiento, la obligación puede atribuirse a personas que se hallen en orden posterior. Teniendo en cuenta que la asistencia familiar resulta vital para el beneficiario, la ley dispone que su oportuno suministro no puede diferirse por recurso o procedimiento alguno y que se cumple el pago oportuno de esta asistencia incluso bajo apremio, bajo responsabilidad del juez y del fiscal, como señala el Art. 436 del C. F. Disposición que es completamente lógica y atendible, teniendo en cuenta que el beneficiario no puede, de ninguna manera, depender de la celeridad de los trámites judiciales ordinarios, o extraordinarios, para obtener los recursos indispensables con los cuales satisfacer sus necesidades más premiosas, como hombre que es. Por otra parte, una vez suministrados, los alimentos no pueden ser nuevamente exigidos en cuanto al período para el que se los suministró. Los alimentos se deben desde el día de la citación con la demanda (Art. 22 del C. de F.). Una asignación provisional se puede ordenar por el juez, durante los trámites del juicio de alimentos (Art. 429 del C. de F.). El crédito por alimentos no puede ser cedido, la deuda por alimentos no puede ser opuesta en compensación, ni siquiera si se trata de pensiones atrasadas.

2.2.4. Cesación del deber de asistencia familiar

Como ya se dijo anteriormente, uno de los caracteres de la asistencia familiar es la peculiaridad de ser un deber y un derecho personalísimo. De ahí se puede deducir que la asistencia familiar cesa cuando muere el obligado o beneficiario. En el primer caso, los herederos están llamados simplemente al pago de las pensiones devengadas; y cuando quien fallece es el beneficiario, el obligado deberá extender la asistencia a los gastos funerarios, siempre que no puedan cubrirse de otra manera (Art. 26, inc. 5 del C. F.). En este caso hay cesación de la asistencia familiar de puro derecho. La asistencia familiar cesa igualmente cuando el hijo beneficiario ha llegado a su mayoría, salvo el caso de que se encuentre en situación de no poder ganarse por sí mismo los medios conducentes a su subsistencia, o cuando no ha adquirido o acabado de adquirir una profesión u oficio, hasta que los adquiera, salvo que haya culpa grave del hijo (Art. 264 del C. F.). Pero existen también otras situaciones en las que cesa la asistencia familiar. Estas están contempladas por el Art. 26 del C. F. y son: "(...)1° Cuando el obligado se halla en imposibilidad de cumplirla; 2° cuando el beneficiario ya no la necesita; 3° cuando el mismo

incurre en una causa de indignidad aunque no sea heredero del obligado; 4° cuando el beneficiario no se aviene al modo subsidiario, autorizado por el juez, para suministrar la asistencia, a no ser que aduzca una razón atendible(...)"(BOLIVIA 1993:29).

Los incisos 1° y 2° de la norma transcrita son comprensibles y no requieren de mayor explicación. En cuanto al inc. 3° será conveniente señalar que la indignidad "es una situación jurídica definida por la ley y entraña una pena, que priva al heredero de recibir una sucesión determinada" (BOLIVIA 1989:45).

El Código de Familia determina que es causa de cesación de la asistencia el hecho de que el beneficiario incurra en indignidad "aunque no sea heredero del obligado". Las causas de indignidad se hallan establecidas en el Art. 1009 del Código Civil; y, tal como ocurre en el derecho sucesorio donde ponen al llamado a la sucesión en una suerte de incompatibilidad moral respecto del causante, ponen al beneficiario de la asistencia familiar en una incompatibilidad moral con relación al obligado. El inc. 4) del Art. 26 del C. F., comprende la previsión legal según la cual, si el único modo que tiene el obligado a proporcionar la asistencia es en forma subsidiaria debidamente autorizada por el juez y el beneficiario no se aviene a ella, resulta de su propia voluntad y exclusiva responsabilidad que la asistencia familiar no se la pueda seguir cumpliendo en su favor. En cuanto se refiere al caso especial de la asistencia entre afines, ella cesa "cuando el matrimonio que producía la afinidad se ha disuelto por divorcio" (Art. 27, inc. 1° del C. F.).

La norma es lo suficientemente explícita para que no sea necesaria cualquier otra explicación. Pero, la asistencia entre afines también cesa: "cuando el cónyuge del que deriva la afinidad y los descendientes de su unión con el otro cónyuge han muerto"(Art. 27, inc. 2° del C. F.). Por un elemental razonamiento a contrario resulta, que cuando el cónyuge del que deriva la afinidad ha muerto y existen descendientes de la unión con el otro cónyuge, persiste el deber de asistencia familiar. Es decir, que continúa la obligación de otorgarse asistencia entre afines, recíprocamente, en tanto existan descendientes comunes entre las partes que se hallaban vinculadas por lazos de afinidad, y que no continúa la obligación de asistencia familiar cuando ya no existen descendientes comunes quienes se hallaban vinculados por lazos de afinidad.

CAPITULO III

MECANISMOS JURÍDICO-FAMILIARES PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA ASISTENCIA FAMILIAR

3. INTRODUCCION

Aunque, dado el carácter originariamente natural y ético - moral del deber de asistencia familiar, sería de esperar su cumplimiento voluntario por parte de los obligados, no sucede así en la realidad; razón por la que la legislación debe prever un conjunto de normas que hagan operativos los derechos sustantivos expuestos recientemente.

En el presente capítulo se exponen esas normas procedimentales, tal como aparecen en el Código de Familia y en la Ley de Abreviación Procesal Civil. Su análisis se encara en dos apartados. En el primero se recapitula el procedimiento jurídico familiar a seguir para la determinación de la obligación de asistencia familiar. En el segundo se examinan las garantías de las que se dispone para lograr el oportuno suministro de la obligación ya judicialmente determinada.

El capítulo tiene por finalidad mostrar una amplia gama de posibilidades que brinda el procedimiento jurídico familiar para garantizar el oportuno suministro de la asistencia. Su contenido será contrastado más adelante con las posibilidades que brinda la vía penal, también prevista en la legislación boliviana y cuyo estudio se realiza en el capítulo cuarto de la tesis.

3.1. Procedimiento jurídico familiar en caso de incumplimiento de la asistencia familiar

Todas las personas que se consideren con derecho a demandar la asistencia familiar, acudirán ante el Juez Instructor de Familia, con la atribución que a éste le reconoce el Art. 376 inc. 3º) del C. de F., el que al tenor estipula: "Conocer y decidir en primera instancia de los procesos sumarios de asistencia familiar (...)", acompañando la prueba que acredite el vínculo jurídico que une al demandante con el demandado. Esto es, en el caso de cónyuges, el certificado de matrimonio; en el caso de hijos habidos dentro el matrimonio, el certificado de matrimonio de los padres y el de nacimiento de los hijos (Art.

181 del C. de F.); en el caso de los hijos reconocidos deberá acompañarse el reconocimiento hecho por el padre o la madre demandados; en el caso de que se haya establecido la filiación mediante acción judicial según el Art. 206 del C. de F.), se deberá acompañar un testimonio de la respectiva sentencia; en el caso de hijos habidos dentro de una unión conyugal libre o de hecho, deberá acompañarse la resolución judicial que haya comprobado la unión de los padres conforme a lo dispuesto en el Art. 214 párrafo II del C. de F., el cual señala: " La unión de los padres se comprueba en proceso sumario(...)". Se adjuntará igualmente una constancia, certificación u otra equivalente respecto a las posibilidades del obligado. Tanto el cónyuge como los hijos menores se hallan eximidos de demostrar la situación de necesidad en que se hallan por expresa determinación del Art. 428 del C. de F. Mientras que, cuando no se trata de cónyuge o hijos menores (se entiende que menores de edad), los demás peticionantes deberán justificar la situación de necesidad en que se hallan. Admitida la demanda, será corrida en traslado al demandado para que la conteste en el plazo de cinco días. Si quienes solicitan la pensión de asistencia familiar son cónyuge y/o hijos menores, el juez fijará la suma de la asistencia familiar provisional, procediendo, si ha lugar, conforme determina el Art. 389 (SITUACION DE LOS HIJOS Y PENSIONES A ESTOS Y A LA MUJER): "El Juez determinará la situación circunstancial de los hijos (...). Igualmente fijará la pensión de asistencia que el marido pasará a los hijos que no queden bajo su guarda y a la mujer mientras dure el litigio (...)" (BOLIVIA 1993:154).

En cumplimiento a lo estipulado por el Art. 429 (FIJACION PROVISIONAL) del código prenombrado, que al tenor indica: "Cuando el que solicita la asistencia es el cónyuge o hijo del demandado, el Juez la fijará, provisionalmente (...)" (BOLIVIA 1993:165).

Se podrá realizar una audiencia preliminar a efectuarse en un plazo que no podrá exceder de quince días a ser computables desde la contestación o el vencimiento del término. La audiencia se llevará a cabo con asistencia de las partes, de los abogados defensores quienes podrán representar a ellas y del fiscal. La nueva Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar al respecto prevé que las partes deberán comparecer a la audiencia personalmente, excepto si tuvieran algún motivo fundado para no hacerlo, caso en el que lo podrán hacer mediante representante. También pueden solicitar la cooperación de un trabajador social o persona experta o de organismos técnicos oficiales para determinar el monto de la asistencia. En caso de incomparecencia del demandado,

el juez proseguirá en su rebeldía y tendrá por ciertos los hechos que la actora haya alegado. En caso de que la incomparecencia fuera de parte de la actora, el juez declarará el desistimiento de la demanda: estos casos se dan cuando la incomparecencia hubiese sido injustificada. Pero en el caso de que existiera una justificación, la audiencia podrá diferirse por una vez (Art. 62 64 de la Ley N° 1760 de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar). El demandado tiene cinco días a partir de su citación con la demanda para responderla -tal como lo estipula el Art. 479 del Código de Procedimiento Civil: (DEMANDA Y CONTESTACION) "I. Presentada la demanda (...), se correrá traslado para que el demandado la conteste dentro del plazo de cinco días (...)"(BOLIVIA 1993:133)-, pues se trata de un proceso sumario. Al hacerlo, podrá oponerse negando la obligación de prestar asistencia familiar por existir otras personas en orden prioritario a él, o negarse a pasar la asistencia familiar en la cuantía solicitada. Con la respuesta o siendo declarado rebelde el demandado por no haber comparecido durante el plazo de citación, el Juez abrirá el término de prueba de ocho días prorrogables hasta quince días, con todos cargos (lo que equivale a decir que dentro de esos mismos quince días, si las partes consideran necesario, deberán producir sus conclusiones para sentencia). Las pruebas consistirán en todos aquellos documentos enunciativos, declarativos o informativos que tengan el propósito de convencer al Juez respecto a las posibilidades del obligado -tales como certificaciones de los haberes que percibe, ingresos en general, etc.- así como de las necesidades que deben ser satisfechas por los beneficiarios -tales como comprobantes de pago de impuestos de colegio, recibo de pensiones, recibos y facturas de útiles escolares, de vestimenta, etc.-.

Tanto por parte de los demandantes como de la persona demandada, tienen igualmente aceptación las declaraciones testificales que unos y otros produzcan respecto a sus pretensiones, siempre -obviamente- que se trate de testigos que sepan y les conste la situación en la que se hallan unos y otros, y no sean simples y meros testigos de favor. Aunque estas afirmaciones en la realidad no pasan de ser simples palabras, pues la mayoría de los testigos que se presentan son pagados o de simple favor, los mismos que pueden hasta distorsionar la verdad y/o realidad. Es ahí donde el Juez debe poner sus cinco sentidos y su instinto de investigador en pleno funcionamiento, pues no debe quedar como un mero juzgador de lo que ve o lo que le hacen ver. Valen también como medios de prueba los deferimientos a confesiones provocadas.

En general, todas las pruebas que se hallan señaladas en el Código de Procedimiento Civil y que, aunque no estén expresamente indicadas, sean moral y legalmente idóneas para demostrar lo afirmado tanto por el demandante como por el demandado, teniendo en cuenta siempre lo que dispone el Art. 375 del Cdgo. De Pdto. Civil, cuando señala que la carga de prueba incumbe al demandante en cuanto al hecho constitutivo de su derecho, y al demandado en cuanto a la existencia de un hecho impeditivo, modificatorio o extintivo del derecho del actor. Todo lo referente al cumplimiento del período de prueba se lo llevará a cabo dentro de la audiencia preliminar y en caso de que las pruebas no hayan sido recepcionadas en su totalidad dentro de ésta, en la misma se señalará día y hora para una audiencia complementaria, a realizarse dentro de los quince días siguientes; así lo indica el Art. 66 de la Ley N°1760. Vencido el plazo probatorio con las conclusiones o no de las partes, el Juez pronunciará sentencia. Declarará probada la demanda, demostrado que sea el vínculo jurídico entre el demandante o demandantes y demandado, señalando, conforme a la prueba producida, el monto de asistencia familiar que mensualmente deberá pagar el obligado a favor del beneficiario. La sentencia deberá pronunciarse en el plazo de cinco días a contar desde la conclusión de la audiencia, sin petición alguna. Esto rige a partir de la nueva ley, ya que antes el plazo era de veinte días, según el Art. 204 inc. 2) del Cdgo. De Pdto. Civil. La sentencia podrá ser apelada, expresando agravios, en el plazo de cinco días (Art. 434 del C. de F.).

Si se trata de apelación de sentencia que negó la asistencia familiar, ésta tiene efecto suspensivo; y si se trata de sentencia que concedió la asistencia, en efecto devolutivo (Art. 434 del C. de F.). La apelación y la adhesión no fundadas serán rechazadas de plano por el Juez, dándose por no deducidos los recursos (incs. 1), 2) del Art. 69 de la Ley N° 1760). En segunda instancia, el Fiscal expedirá dictamen de fondo en el plazo de cinco días y el Juez pronunciará Auto de Vista en el plazo de diez días, a ser computables desde el momento en que el expediente pase a despacho con dictamen o sin él. Este Auto de Vista no admitirá recurso de casación (incs. 3) y 4) del Art. 69 de la Ley N° 1760). Si la apelación ha sido concedida en el efecto devolutivo, se elevará ante el Juez de Partido de Familia el expediente original, quedando en el Juzgado de Instrucción donde se tramitó la causa el testimonio de las principales piezas para la ejecución de sentencia. Esto quiere decir que, no obstante la apelación pendiente, el obligado -mientras no se modifique el monto de la pensión que le fue señalada- deberá cubrirla oportunamente en

forma mensual bajo apercibimiento de apremio, con allanamiento de domicilio en su caso, y teniendo en cuenta que su oportuno suministro no puede diferirse por la apelación planteada, bajo responsabilidad del Juez y del Fiscal, tal cual lo señala en su parte primera el Art. 436 del C. de F.; el mismo que concuerda con los Arts. 32 (CARÁCTER INALIENABLE E INEMBARGABLE), y el 149 (APREMIO CORPORAL E HIPOTECA LEGAL) del mismo cuerpo de leyes. Para la ejecución de la sentencia de primera instancia no es exigible la fianza de resultas al beneficiario, así se halle pendiente la apelación o el recurso de nulidad (Art. 434 i. f. del C. de F.). Teniendo en cuenta que las decisiones sobre pensión de asistencia familiar son circunstanciales y variables, ninguna sentencia y ningún convenio tienen en materia familiar un carácter definitivo. Todo depende de las circunstancias; y si éstas varían, también debe modificarse la obligación: disminuir, aumentar o cesar la pensión.

Esta se mantiene inalterable sólo en el caso de que también se mantenga los presupuestos de hecho sobre cuya base se la fijó. Tanto la modificación, reajuste o cesación de la pensión de asistencia se tramitará de la misma forma que la señalada precedentemente (Art. 435 del C. de F.). No obstante, debe tenerse en cuenta que cuando una pensión de asistencia familiar ha sido determinada en proceso de divorcio o separación de los esposos, la cesación, modificación o reajuste de este monto de pensión de asistencia familiar se pedirá dentro del mismo juicio (Art. 435 i. f. del C. de F.). Cuando en el proceso de asistencia familiar intervienen menores de edad, es indispensable la concurrencia de la institución que se encarga de ellos. Igualmente es inexcusable la concurrencia del Ministerio Público, en aplicación a lo dispuesto en el Art. 367 del C. de F. El mismo señala: "El ministerio público intervendrá como representante de la sociedad y del Estado en todos los procesos y actuaciones familiares, bajo la sanción de nulidad en caso contrario"(BOLIVIA 1993:147).

En el proceso de asistencia familiar no es admisible la reconvención, que deberá ser rechazada de oficio, tal como expresa el Art. 383 párrafo II i. f. del C. de F. Igualmente debe tenerse en cuenta que de ninguna manera puede el proceso de asistencia familiar acumularse a otro, pudiendo las partes hacer valer sus derechos en la vía ordinaria. Mas, no se suspenderá la asistencia asignada dentro de este proceso mientras no se resuelva lo contrario en el proceso ordinario, que deberá necesariamente seguirse por otro lado separado (Art. 437 del C. de F.).

El proceso ordinario del que habla el Art. 437 del C. de F. puede promoverse en el caso de que el pretendido padre, por ejemplo, manifieste que no efectuó él el reconocimiento de hijo a favor del demandante, y entonces promueve un juicio ordinario tendente a demostrar que no efectuó tal reconocimiento. Cuando se ha promovido proceso de asistencia familiar y el demandado no la niega ni contradice, el Juez resolverá la demanda conforme a los justificativos y pruebas que haya producido la parte demandante (Art. 432 del C. de F.). Si existiese acuerdo de partes respecto a la pensión de asistencia familiar, que el Juez considere no es contrario a los intereses de los beneficiarios o alimentarios, el Juez lo homologará (Art. 432 del C. de F.).

3.2. Garantías para el oportuno suministro de la asistencia familiar

El Código de Familia, en su Art. 383 estipula que las disposiciones del Código de Procedimiento Civil serán aplicables a asuntos de jurisdicción familiar, en cuanto no sean contradictorias a las reglas que enmarcan al Código de Familia. Es por ello que, al hablar de garantías que faciliten o hagan efectivo el oportuno suministro de la asistencia familiar, hay necesidad de remitirnos al Art. 156 del Código de Procedimiento Civil que comprende las medidas precautorias que pueden pedirse antes de presentar la demanda o durante la substanciación del proceso mismo. Entre las medidas precautorias que se podrán pedir están las siguientes:

- 1) anotación preventiva,
- 2) embargo preventivo,
- 3) intervención judicial,
- 4) secuestro,
- 5) prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

A ellas se suman otras medidas previstas en otros cuerpos de leyes, como ser el Código de Procedimiento Penal, que describe algunas otras, como ser:

- 6) la hipoteca,
- 7) el arraigo,
- 8) venta de bienes,
- 9) apremio corporal,

10) interés legal, este insertado por la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar (Ley N° 1760), al igual que las antes mencionadas, las mismas que se encuentran también contempladas en diversos códigos o simplemente en nuevas leyes, como es el caso de la Ley N° 1602 (Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales); y en resumen, todos aquellos cuerpos legales que contienen medidas que tienden a garantizar el oportuno cumplimiento de la obligación emergente de la asistencia familiar, tal cual determina el Art. 169 del Código de Procedimiento Civil.

Entonces, es a partir que de toda esta normatividad, se extractan las siguientes medidas:

3.2.1. Anotación preventiva

Según Cabanellas, se entiende por anotación a: "la acción y efecto de anotar (...).Inscripción, registro. En el antiguo Derecho francés, por 'annotation' (anotación) se entendía el embargo de los bienes del acusado en rebeldía, a fin de constreñirle a presentarse.

Dentro del Derecho Hipotecario, tanto como anotación preventiva", (CABANELLAS 1998:23). El término preventivo se lo ha de entender como: prevención o perjuicio. Para evitar un mal. Al respecto, el Código de Procedimiento Civil en su Art. 157 (ANOTACION PREVENTIVA)señala que puede pedir esta medida quien demande la propiedad de inmuebles, o la constitución, modificación o extinción de un derecho real sobre bienes inmuebles; y del mismo modo quien obtenga embargo, lo que concuerda con el Art. 1552 del Código Civil.

Del mismo modo procederá la anotación preventiva sobre bienes muebles sujetos a registro. El Código Civil también toca este punto en su Art. 1552, señalando quiénes pueden pedir anotación preventiva de sus derechos en el registro público. En casos de asistencia familiar la anotación preventiva es aplicable, por ejemplo, cuando el obligado no cumple la asistencia voluntariamente, pero tiene bienes con los cuales puede cumplir. De este modo, con la anotación preventiva, se puede evitar que el obligado trate de deshacerse de sus bienes, para evitar pagar la asistencia. También cuando el obligado se encuentra ausente, hay que cobrarse con sus bienes; entonces se los anota preventivamente, para después proseguir con la venta forzosa o remate (ejecución de los

bienes). Siempre que haya una deuda, la anotación procede hasta el monto requerido, previa certificación de que existen bienes, por ejemplo, en entidades bancarias, registros reales, etc. La anotación preventiva se da sobre bienes registrables, bienes que se pueden controlar en cierto modo.

3.2.2. Embargo preventivo

En el lenguaje jurídico, la palabra embargo posee diversas acepciones, según se refiera al Derecho Político y al Marítimo, o al Derecho Procesal Civil, Penal o Administrativo, por otra parte. Siguiendo a Cabanellas, el mismo nos señala que: “con significados generales y arcaicos el embargo es el impedimento, embarazo u obstáculo; también incomodidad, molestia o daño (...).

En materia ejecutiva es retención o apoderamiento que, de los bienes del deudor, se efectúa en el procedimiento ejecutivo, a fin de, con ellos o del producto de la venta de los mismos, satisfacer la incumplida obligación a favor del acreedor que posea título con ejecución aparejada. Con carácter preventivo, es la medida procesal precautoria de carácter patrimonial que, a instancia de acreedor o actor, puede decretar un juez o tribunal sobre los bienes del deudor o demandado, para asegurar el cumplimiento de la obligación exigida y las resultas generales del juicio"(CABANELLAS 1998:112).

Por su lado, el Cdgo. De Pdto. Civil en su Art. 158 señala que el embargo preventivo podrá ser solicitado por el acreedor de una deuda, ya sea en dinero o en especie, en los siguientes casos:

- a) cuando el deudor no estuviere domiciliado en la República;
- b) cuando el crédito, en lo que respecta su existencia, estuviere demostrado por un documento ya sea de carácter privado (reconocido) o público, siempre y cuando la deuda no estuviese con una buena o suficiente garantía;
- c) cuando el coheredero, condómino o socio, referente a bienes de la herencia, condominio o de la sociedad, acrediten la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora; y
- d) respecto al bien demandado cuando se pidiere la reivindicación, división de herencia, nulidad del testamento o simulación, siempre presentando prueba documental para hacer creíble las pretensiones.

Es casi la misma figura de la anotación preventiva, pero se da sobre cualquier bien, por ejemplo, dinero depositado en una entidad financiera, respecto al cual se puede pedir congelamiento de cuentas. En caso de que el Juez ordene un embargo, se necesita un depositario que en muchos casos es la misma persona a la que se embarga los bienes no sujetos a registro. El Art. 70 de la Ley N° 1760 (Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar), hace mención del embargo de bienes y su posterior venta, cuando el Juez puede disponerlo para cubrir el monto adeudado por el obligado, pero sólo en lo necesario. Tanto la anotación como el embargo preventivo son medidas que precautelan derechos futuros.

3.2.3. Intervención judicial

El Diccionario Larousse nos da el concepto de intervenir, señalando lo siguiente: "Tomar parte en un asunto, sinónimo de abogar, también participar. Mediar, interponer uno su autoridad(...)"(LAROUSSE 1964:589).

Por su lado, el Cdgo. De Pdto. Civil menciona la intervención judicial en su Art. 164: "Podrá ordenarse la intervención judicial, a falta de otra medida precautoria eficaz o como complemento de otra ya dispuesta: 1)A pedido del acreedor si hubiere de recaer sobre bienes productores de rentas o frutos(...)"(BOLIVIA 1996:49).

En el caso de la asistencia familiar, ésta se da cuando el obligado a brindar la asistencia familiar incumple su oportuno suministro y así se da la necesidad de llegar hasta la subasta y remate de una empresa o de algún comercio económico. Entonces, en el transcurso de este procedimiento, el Juez nombra y ordena la administración de los bienes a un interventor (cualquier persona entendida en la materia), el mismo que debe rendir cuentas del movimiento económico de una empresa o negocio. También se aplica la intervención judicial en casos en que existan menores de edad en herencias, hasta que el menor cumpla su mayoría de edad. En caso de no satisfacerse una obligación de asistencia familiar, el obligado está impedido de hipotecar sus bienes, tampoco puede enajenar, pero sí puede alquilar el bien para que con los frutos (ganancias) se satisfaga el requerimiento o necesidades del beneficiario.

3.2.4. Secuestro

Según Cabanellas, en su Diccionario Jurídico Elemental, con esta palabra se hace referencia al "depósito de una cosa litigiosa. Al embargo judicial de bienes". Al respecto al ya tantas veces nombrado Código. De Pdto. Civil, éste prevé esta figura en su Art. 162 (Secuestro): "I. Procederá el secuestro de muebles y semovientes en los casos que siguen:

1. Cuando el embargo no asegure por si solo el derecho invocado por el solicitante...
2. Con igual condición, toda vez que fuere indispensable proceder a la guarda o conservación de bienes para asegurar el resultado de la sentencia.
3. Cuando se tratare de cosas que el deudor ofreciere para su descargo(...)"(BOLIVIA 1996:49).

En el proceso de asistencia familiar se puede pedir el secuestro, por ejemplo, de un automóvil, cuando se sospecha que el obligado pueda hacerlo desaparecer, venderlo, etc., evitando así que con su valor se pueda compensar el monto adeudado.

3.2.5. Prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados

En cuanto a las prohibiciones, están las de innovar (mudar o alterar las cosas, introduciendo novedades), a) siempre y cuando el derecho sea verosímil, es decir, que tenga apariencia de verdadero; y b) siempre que el cambio o la innovación, ya sea en hecho o derecho, pudiera influenciar en la sentencia o hiciere imposible su ejecución o, en su defecto, ésta sea ineficaz (Art. 167 Código. de Pdto. Civil).

Otra de las prohibiciones es la de contratar sobre determinados bienes, ya sea por ley o contrato mismo, en especial sobre los bienes que se encuentran en litigio o para asegurar la ejecución forzada; el juez ordenará dicha prohibición individualizando el objeto de ella autorizando su inscripción en el correspondiente registro, notificándose a los interesados y también a terceros, señalados por el solicitante. Pero, si quien obtiene esta medida no deduce demanda alguna dentro de los cinco días de haber sido dispuesta, la misma quedará sin efecto, aún cuando se demostrare la improcedencia de la mencionada medida. Así por ejemplo, en el caso de la asistencia familiar, cuando el obligado incumple con el deber de asistencia, estas medidas evitan que éste se deshaga de los bienes con los cuales bien podría honrar esta obligación, entonces se pide que se le prohíba realizar

actos preliminares de disposición de los bienes o de modificar su situación. Estas medidas también tienden a evitar que la situación de los bienes sea modificada. Por ejemplo, cuando podría utilizarse la renta o alquiler de un bien para cancelar la obligación de asistencia familiar, se puede evitar que el obligado rescinda el contrato, asegurando la utilización de los frutos que pueda percibir del bien inmueble.

3.2.6. Hipoteca

“Esta palabra de origen griego significa gramaticalmente suposición, como acción o efecto de poner una cosa debajo de otra, de sustituirla, añadirla o emplearla. De esta manera, hipoteca viene a ser lo mismo que cosa puesta para sostener, apoyar y asegurar una obligación(...)” (CABANELLAS 1986:147).

Al respecto, el Código Civil en su Título II: DE LA GARANTIA PATRIMONIAL DE LOS DERECHOS, Capítulo III: DE LAS HIPOTECAS, en el Art. 1360 (Constitución) señala lo siguiente: "I. La hipoteca constituida sobre bienes propios del deudor o de un tercero, como garantía de una deuda, confiere al acreedor hipotecario los derechos de persecución y preferencia(...)" (BOLIVIA 1990:207).

Para efectos correspondientes, los bienes muebles sujetos a registro (objeto de la hipoteca) son equiparados a los bienes inmuebles. La hipoteca sólo se da en los casos y formas autorizadas por ley. Es de las siguientes clases: legal, judicial y voluntaria (Art. 1362 C. C.)

El art.1369 (Resoluciones de las cuales deriva) del Código Civil, estipula lo siguiente sobre la hipoteca judicial: "I. La hipoteca judicial se origina en las sentencias que condenan a pagar una suma de dinero, o los daños y perjuicios resultantes de un juicio contradictorio, de la declaratoria de rebeldía, de las sentencias definitivas o provisionales, a favor de quien o quienes las han obtenido. II. Esta hipoteca también resulta de otras resoluciones judiciales y administrativas a las cuales la ley confiere ese valor para el efecto"(BOLIVIA 1990:209). Por su parte el Código de Familia en su Art. 149 (APREMIO CORPORAL E HIPOTECA), contempla, además de una otra figura, a la hipoteca, cuando señala: "(...).Importa, además, hipoteca legal sobre los bienes del deudor, que se mandará inscribir de oficio (...)". En caso de obtener una sentencia favorable de asistencia familiar se puede solicitar la inscripción de la resolución en los registros públicos para

hacer efectiva la parte dispositiva de la resolución judicial; empero, es una medida que generalmente se toma de manera voluntaria para garantizar contratos de préstamo, por tanto el Juez no puede obligar a darla. Se da más en casos contractuales, es decir, en contratos. Resultaría tener el mismo fin que la anotación preventiva, con la diferencia de que la hipoteca precautela derechos ciertos y concretos, y la anotación preventiva derechos futuros e inciertos. La anotación y el embargo preventivo se convierten en hipoteca judicial al dictarse la sentencia definitiva.

3.2.7. Arraigo

El Diccionario Jurídico Elemental, de Cabanellas nos da el siguiente concepto: "Dar el demandado o reo fianza suficiente de la responsabilidad civil o criminal del juicio. Se utiliza normalmente la expresión arraigo o arraigar en juicio para referirse al aseguramiento de las resultas del mismo. Se da en los casos en que hay peligro de que, por insolvencia, resulte ilusorio el derecho de una de las partes" (CABANELLAS 1986:26).

Cuando se pide el arraigo contra una persona, ésta es registrada en todos los puertos de tierra, en los aéreos, fluviales, para que no pueda abandonar el país. En cierto modo, esta medida puede resultar eficaz dentro del país, pero tranquilamente puede ser burlada e ignorada por la propia persona o por terceros que facilitan su paso fuera del país. El arraigo es una otra medida de seguridad propiamente aplicada en materia penal y laboral; tiene el fin de prevenir que una persona deje un lugar.

El Código de Procedimiento Penal la prevé dentro el Título V denominado DE LAS MEDIDAS JURISDICCIONALES, en su Capítulo I De la Anotación Preventiva, Requisa, Allanamiento y Arraigo, en el Art. 193 con el siguiente tenor: "El Juez podrá ordenar, según la gravedad del delito, el arraigo del imputado cuando existieren razones fundadas de que no permanecerá en el lugar donde fuere procesado" (BOLIVIA 1994:64).

Al igual que todas las anteriores medidas, dependiendo del caso en el que se pide o solicita a un Juez que se fije una asistencia familiar, tomando en cuenta muchas circunstancias, el arraigo puede darse, es decir, ninguna de las medidas será procedente mientras, primero no se fije una suma determinada para la asistencia, y segundo mientras no se adeude le mencionada suma; entonces, una vez que el obligado a pagar la asistencia familiar incumpliese en su deber, y en el caso de esta medida provisional, se

tenga la certeza o se presuma que puede salir del país para así liberarse de esa obligación, se puede pedir al Juez que se proceda al arraigo del obligado deudor, debiendo el Juez notificar a las autoridades correspondientes, como por ejemplo a las oficinas de Migración, a Tránsito, etc.

3.2.8. Venta de bienes

Venta de bienes o enajenación: "Es el acto jurídico por el cual se transmite a otro la propiedad de una cosa, bien a título oneroso, como en la compraventa o en la permuta; o a título lucrativo, como en la donación y en el préstamo sin interés" (CABANELLAS 1986:114).

El Código Civil en su Art. 1470 (OBJETO DEL EMBARGO Y DE LA VENTA FORZADA) párrafo I señala lo siguiente: "El acreedor puede obtener el embargo y la venta forzada de los bienes pertenecientes al deudor según las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito"(BOLIVIA 1996:224). La nueva Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar, prevé esta garantía en su Art. 70, al referirse al CUMPLIMIENTO DE LA ASISTENCIA, cuando estipula que: "(...)el juez a instancia de parte o de oficio y sin otra substanciación, dispondrá el embargo y la venta de los bienes del obligado en la medida necesaria para cubrir el importe de las pensiones devengadas (...) "(BOLIVIA 1997:41). La venta es la conclusión del acto del remate, por el que el Juez ordena la venta del bien en favor del mejor postor.

Al transferir el bien al adjudicatario se obtiene la suma de dinero que cubrirá el monto de la obligación de asistencia familiar y, en caso de existir algún saldo, éste es otorgado en favor del obligado. Por su lado, la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar (Ley N° 1760), en su Art. 70, al referirse al Cumplimiento de la Asistencia, estipula que el Juez a instancia de partes o de oficio, dispondrá la venta de bienes del obligado en la medida que sea necesaria para cubrir el importe de las pensiones devengadas

3.2.9. Apremio corporal

Según Cabanellas el apremio: "es la acción y efecto de apremiar o apurar la realización de algún acto. En derecho se efectiviza mediante el mandamiento escrito que el juez expide para compeler a uno a que haga o cumpla alguna cosa(...)"(CABANELLAS 1986:26).

También se lo define como: "Mandamiento de autoridad para compeler al pago de una cantidad o al cumplimiento de otro acto"(DICCIONARIO DE LAS AMERICAS 1987).

Ahora bien, hay una diferencia entre el apremio y el apremio corporal. El primero se refiere a apresurar la realización de algún acto. En tanto que el apremio corporal, es también ganar tiempo apresurando la realización de algún acto, pero con la alternativa de recluir al obligado en un recinto carcelario. El apremio corporal se diferencia del mandamiento de aprehensión. Este último faculta hacer conducir a una persona sólo ante el despacho de una autoridad judicial, para que realice una declaración testifical, indagatoria o de otra índole. En cambio, el mandamiento de apremio corporal implica el poder recluir a un individuo -en este caso al obligado- en calidad de depósito judicial a una cárcel pública. El Art. 149 del Código de Familia, ya antes mencionado en otra medida, prevé el apremio corporal, estipulando lo siguiente: "La pensión de asistencia del cónyuge y de los hijos es de interés social y tiene apremio corporal para su oportuno suministro cuando se emplean medios maliciosos para burlarla. El Juez ordenará su pago en la forma proveida por el Art. 436(...). (...)El apremio podrá suspenderse después de seis meses si el deudor ofrece fianza de pagar en un plazo igual o en el que se acuerde entre partes, con intervención fiscal. El deudor será otra vez aprehendido si no satisface su obligación en el nuevo plazo" (BOLIVIA 1993:74-75).

El Art. 436 a su vez señala: "La obligación de asistencia se cumple bajo del apremio con allanamiento en su caso del domicilio de la parte obligada, y su oportuno suministro no puede diferirse por recurso o procedimiento alguno, bajo la responsabilidad del juez y del fiscal. Las pensiones devengadas se liquidarán en el día y se ordenará su pago inmediato, deduciéndose los abonos debidamente comprobados"(BOLIVIA 1996:166).

El Juez, al igual que en los anteriores casos, puede dictaminar esta medida en cuanto la vea conveniente. La figura del apremio corporal ha sido objeto de discusión en Bolivia a raíz de la Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Corporales

(Ley N° 1602), promulgada el 15 de Diciembre de 1994, por iniciativa del Ministro de Justicia de ese entonces, Dr. René Blattman.

Esa ley hizo desaparecer la figura del ordenamiento jurídico nacional, excepción hecha justamente de la materia familiar y laboral. Tal medida no ha sido oportunamente comprendida a cabalidad, lo que le exigió que el Ministerio de Justicia tenga que hacer una amplia justificación de la misma. De la argumentación recopilada en una publicación conjunta del Ministerio y la Editorial Los Amigos del Libro (Bolivia 1996) se extraen los conceptos que siguen. El apremio corporal, en un inicio, se manifestó como una forma de esclavitud, para posteriormente convertirse en verdadera pena de prisión en cárcel pública. Tal instrumento obligaba al cumplimiento forzoso de la deuda a costa del sacrificio de la libertad personal. En la edad media, el apremio corporal, que había desaparecido completamente en las postrimerías del Derecho Romano, fue reintroducido y continuó sirviendo como instrumento vejatorio, hasta que la Revolución Francesa lo restringió con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, fundamentada en los principios de libertad e igualdad. La legislación ya humanizada, fue reduciendo la figura del Apremio Corporal hasta concluir con su total desaparición en el orden jurídico contemporáneo. Conviene recordar que Italia, cuna del apremio corporal y de la prisión por deudas, en la actualidad ha eliminado de su normatividad dicho mecanismo vejatorio tanto en materia civil, como mercantil, laboral y administrativa.

En la legislación boliviana, hasta antes de la promulgación de la Ley de Abolición, permitía que el condenado que hubiera cumplido su pena sin pagar los daños civiles siga privado de su libertad hasta la cancelación de la deuda. El apremio corporal restringía la libertad y consistía en aplicar medidas de fuerza para compeler al obligado, actuando sobre su persona, dejando de lado el principio que las obligaciones tienen como garantía el patrimonio del deudor. Privarlo de libertad para forzarlo a que cumpla con la deuda, luego de purgar la condena, vulneraba elementales principios del ordenamiento penal y del estado de derecho, ocasionando dificultades en el cumplimiento de sus obligaciones patrimoniales. Ello porque quien se encuentra detenido en un recinto penitenciario, no puede desempeñar un trabajo y consiguientemente carece de ingresos. Esta medida de coacción para lograr el cumplimiento de una obligación, implicaba así que se incrementa el número de apremiados en los centros carcelarios. En el ámbito penal la figura del apremio corporal presentaba una gran contradicción. Por un lado, el Código Penal no

tipificaba la deuda como delito; por otro, el Código de Procedimiento Penal en sus Arts. 334, 335 y 352 incorporaba una figura jurídica que en los hechos equivalía a prisión por deudas y pena indeterminada, disponiendo el Art. 334 del C. P. que: “Si el condenado no tuviere bienes suficientes susceptibles de embargo, procederá su apremio corporal en un establecimiento penal adecuado, hasta que haga efectivo el resarcimiento de los daños” (BOLIVIA 1994:117).

Esta disposición consagraba como legal un hecho injusto: la pena indeterminada y la discriminación social y económica del condenado renunciando a las funciones resocializadoras de la pena. Por tanto, al no tipificar -el Código Penal- la deuda como un delito, resultaría ser que el apremio corporal, previsto por su Procedimiento Penal, no solamente era ilegal sino arbitrario e injusto. Además, en Bolivia esta figura ha sido desnaturalizada en su práctica, en lo que al derecho penal respecta, convirtiéndose a menudo en un instrumento extorsivo dirigido contra las personas más pobres y débiles, las cuales eran colocadas en una situación conflictiva y desesperante, en algunos casos sin probabilidad de solución a corto plazo. Ya que estando recluidas en las cárceles no podían obtener recursos para cumplir o satisfacer sus obligaciones patrimoniales, lo que conllevaba a que, en caso de no cumplir, continuaran privadas de su libertad, en muchos casos de manera indefinida.

Aunque la Ley 1602 abolió la prisión y el apremio corporal por obligaciones patrimoniales, la medida se sigue manteniendo para el caso de las pensiones de asistencia familiar, por disposición expresa del Art. 11 que a la letra establece: “ARTICULO 11º (APREMIO EN MATERIA DE ASISTENCIA FAMILIAR) El apremio previsto por el párrafo tercero del Art. 149 del Código de Familia, podrá ser ordenado únicamente por el Juez que conozca de la petición de asistencia , no pudiendo exceder del plazo máximo de 6 meses, vencido el cual será puesto en libertad sin necesidad de constituir fianza, con el sólo compromiso juramentado de cumplir la obligación. II. Ordenada la libertad prevista en el párrafo anterior, el Juez podrá disponer nuevo apremio contra el obligado cuñado transcurridos 6 meses desde su puesta en libertad no hubiere satisfecho el pago de las pensiones adeudadas” (BOLIVIA 1996: 33).

Entonces, en relación a la situación anterior sólo se habría modificado que la persona con obligación de satisfacer la asistencia familiar, una vez detenida, sea puesta en libertad

después de seis meses sin necesidad de prestar fianza real o personal sino juratoria. La idea central es que, una vez recuperada su libertad, la persona pueda reintegrarse al ambiente social con la idea de ejercer alguna actividad productiva, la misma que le permita obtener recursos económicos, para que con ellos pueda cumplir con sus obligaciones familiares. Sin embargo, si no lo hiciese, subsiste la posibilidad de un nuevo apremio después de seis meses, tal como lo previene el parágrafo II del citado artículo 11.

3.2.10. Interés legal

Para nuestro ya tantas veces citado Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Jurídico Elemental, el interés es: “Provecho, beneficio, utilidad, ganancia. Lucro o réditos de un capital, renta. Importe o cuantía de los daños o perjuicios que una de las partes sufre por incumplir la obligación contraída(...).El exigido impuesto como pena de la morosidad o tardanza del deudor en la satisfacción de la deuda(...)” (CABANELLAS 1988:165).

Si bien el interés legal no es propiamente una medida preventiva o precautoria, como la mayoría de las ya mencionadas, esta figura sirve de una manera u otra para obtener una cierta utilidad o provecho por aquel daño o perjuicio que provoca la actitud del obligado incumplido a dar la asistencia familiar. La figura de interés legal en materia familiar se encuentra contemplada en la ya antes mencionada Ley N° 1760, que en su parte de REFORMAS AL CODIGO DE FAMILIA, en su Sección I, Del Proceso por Audiencia para Fijación de Asistencia Familiar, en su Art. 71 estipula que: “La asistencia familiar no satisfecha, devengará el interés legal previsto por el art. 414 del Código Civil, a partir del Auto que apruebe la liquidación correspondiente”.

El mencionado Art. 414 del C.C., establece -a falta del interés convencional- uno de 6% que rige desde el día en que se entre en mora. El interés legal, como medida se la puede pedir al Juez, siempre que el obligado a pagar la asistencia familiar caiga en mora, por ejemplo, por más de tres meses; entonces, dicha medida podrá ser procedente.

CAPITULO IV

MECANISMOS JURIDICO PENALES PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA ASISTENCIA FAMILIAR

4. INTRODUCCION

La legislación boliviana regula la asistencia familiar no sólo desde el punto de vista jurídico familiar, sino también penal, tipificando al respecto tres delitos. A esa protección está dedicado el presente capítulo.

En el primer apartado del mismo se examina la doctrina del delito, a fin de establecer bases conceptuales para el análisis de los delitos contra los deberes de asistencia familiar que se realiza en el segundo apartado. La tercera sección del capítulo se ocupa de la acción penal en forma general y la cuarta y última a la acción penal en los delitos contra los deberes de asistencia familiar.

El capítulo busca determinar las posibilidades que brinda la vía penal para el oportuno cumplimiento de la asistencia familiar para que, en el quinto capítulo, esas posibilidades puedan ser contrastadas con las que ofrece la vía familiar.

4.1. Teoría del delito

Según Zaffaroni, se llama teoría del delito a la parte del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito: "Es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto" (ZAFFARONI 1977:46).

Para Jeschek, la teoría del delito se ocupa de los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad de una acción y sostiene al respecto que: "La teoría del delito ha de fundarse, según la ley, en la acción y no en la personalidad del autor"(JESCHECK 1981:15).

4.1.1. Concepto del delito

En términos generales, delito es toda conducta descrita por la ley penal, cuya consecuencia es la pena, o las medidas preventivas o represivas. Dentro de los muchos

autores que se ocupan de ese concepto, hay quienes lo definen como "una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena"(DEVESA 1986:10).

Von Litz, por su parte, define el delito como "el acto culpable contrario al derecho y sancionado con una pena". El concepto de delito ha sido enfocado tanto desde un punto de vista criminológico, como positivo. Respecto al primero, conviene citar a Rafael Garófalo, para quien el delito natural: "es la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, o sea la piedad y la probidad. Es además necesario que la violación hiera, no ya la parte superior y más delicada de estos sentimientos, sino la medida media en que son poseídos por una comunidad, y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Esto es lo que nosotros llamaremos crimen o delito natural"(GAROFALO 1890:77).

Una de las definiciones que más importancia ha tenido para los penalistas (concepción positivista), es la que dió el maestro de Pisa, Francisco Carrara, para quien el delito es un ente jurídico, definido en los siguientes términos: "La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" (CARRARA 1977:43).

El Código Penal boliviano de 1843 en el artículo 1º definía el delito en los siguientes términos: "Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia, hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la ley, se entenderá haber voluntad y malicia, mientras que el infractor no pruebe o no resulte claramente lo contrario". Esa definición establecía la presunción de culpabilidad del encausado. La Constitución Política del Estado, de 1967, ha derogado este principio, consagrando la presunción de inocencia mientras no se pruebe lo contrario. El Código Penal, puesto en vigor en 1973, no define el delito, ya que la tendencia del moderno derecho penal es evitar caer en definiciones en un cuerpo legal, pues la definición del delito es tarea que no compete al legislador.

4.1.2. Características del delito

Los caracteres o elementos principales del delito son: la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad con su característica, la imputabilidad. La consecuencia del

mismo es la sanción. Con referencia a estos caracteres básicos sobre los cuales existe concordancia en la doctrina, podemos aún adjuntar otras opiniones o conceptos, pues la teoría del delito ha de fundarse, según la ley, en la acción y no en la personalidad del autor.

La antijuricidad, constituye un elemento general del concepto del delito. En la antijuricidad reside el juicio de desvalor sobre el hecho, que efectúa el ordenamiento jurídico. Del principio del merecimiento de la pena en relación con la gravedad de la lesión del Derecho, se deduce la exigencia de culpabilidad. En el reproche de culpabilidad se encierra el juicio de desvalor, que el ordenamiento jurídico efectúa, sobre el autor. Antijuricidad y culpabilidad son, según esto, los dos componentes fundamentales de carácter material del concepto del delito. Se añade además, un elemento de naturaleza formal: en un Estado de Derecho, como protección de la libertad del individuo, el injusto merecedor de la pena debe hallarse legalmente previsto. De la ubicación del Derecho Penal en el Estado de Derecho se deduce así, en tercer lugar, el requisito de la tipicidad del injusto merecedor de la pena.

4.1.3. Clasificación de los delitos

En la doctrina se suele clasificar los delitos a partir de una diversidad de criterios: la acción, el bien jurídico protegido, el sujeto activo, etc. Atendiendo a estos criterios, a continuación, siguiendo a William Herrera Añez, se darán algunas clasificaciones de los delitos que puedan ayudar en el análisis de los delitos contra deberes de asistencia familiar.

4.1.3.1. Delitos comunes y delitos políticos

La clasificación de los delitos en comunes y políticos es muy importante, por ejemplo, para el caso de la extradición. Esta no se concede para los delitos políticos. Asimismo, para el beneficio de la amnistía, que se concede sólo para los delitos políticos. Para la determinación de un delito político existen dos criterios: El subjetivo, que se atiende fundamentalmente a los móviles que guían al autor, y el objetivo, que centra su atención al bien jurídico protegido. En este último caso se considera que el delito es político cuando el bien jurídico protegido es la seguridad interior del Estado. Es una tarea difícil y, a la vez, peligrosa, adoptar un determinado criterio.

La solución más aconsejable parece ser aquella que, atendiendo al bien jurídico protegido, analiza también el aspecto subjetivo. A este respecto, estamos plenamente de acuerdo con la opinión de Soler quien afirma: "No basta que un hecho esté dirigido contra los intereses del Estado (como una malversación de caudales públicos), sino que es preciso que atente contra las condiciones políticas de él. Pero aún ello, puede producirse por motivos de carácter personal y no por motivos políticos. Es decir, que el criterio subjetivo, que en ningún caso puede descuidarse, ni aun cuando el hecho sea objetivamente político"(SOLER 1973:43).

En el sentido precedente, los delitos políticos, de acuerdo con la legislación boliviana, serían los que se encuentran en el Capítulo II, del Título I, correspondiente al Libro Segundo del Código Penal. Sin embargo, al calificar un hecho como delito político no habrá que descuidar el aspecto subjetivo, ya que una rebelión, por ejemplo, puede investir el carácter de delito común si acaso ella no solamente tiene como centro el de cambiar la forma de gobierno, sino de cometer asaltos y ataques a las personas. Los delitos comunes son todos los demás delitos catalogados en el Código Penal y en las leyes especiales.

4.1.3.2. Delitos de resultado y de simple actividad

Los delitos de resultado son aquellos en los que, para su consumación, es necesario que se produzca un resultado en el mundo exterior; v. gr. el robo, el homicidio. Los delitos de simple actividad no requieren para su consumación que se produzca un resultado en el mundo exterior; por ejemplo, el falso testimonio.

4.1.3.3. Delitos de lesión y de peligro

La división de estos delitos se basa en la intensidad del perjuicio que sufre el objeto de acción. En los delitos de lesión se produce un perjuicio del objeto de la acción; por ejemplo, las lesiones y los delitos de daño. Son delitos de peligro aquellos que para su consumación requieren la producción de un peligro para el objeto de protección presupuesto en el tipo; así, *exempli gratia*, el delito de contagio venéreo. Para su punición no se requiere que se produzca el daño, basta que el infractor conozca de su enfermedad y ponga en peligro al sujeto pasivo.

4.1.3.4. Delitos permanentes e instantáneos

La importancia de estos delitos radica para los casos del cómputo de la prescripción. Son delitos permanentes aquellos en los que el mantenimiento de la situación antijurídica depende de la voluntad del autor. Su consumación dura hasta que cese la violación del bien jurídico protegido, por ejemplo: el secuestro, el despojo, el allanamiento de domicilio. Son delitos instantáneos aquellos en los cuales la consumación se realiza al producirse el resultado típico, por ejemplo: la falsificación, la bigamia, el homicidio, las lesiones, etc.

4.1.3.5. Delitos de comisión, de omisión y de comisión por omisión

La diferencia entre estos delitos se basa en las formas de la conducta humana. Son delitos de comisión aquellos que requieren por parte del infractor una conducta activa: matar, apropiarse, violar. Son delitos de omisión aquellos en los que el infractor deja de realizar una acción a que la ley lo obliga; por ejemplo, el caso del artículo 262 del Código Penal: "Si en el caso del artículo anterior el autor fugare del lugar del hecho u omitiere detenerse para prestar socorro o asistencia a las víctimas, será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años. La pena será de privación de libertad de seis meses a dos años, cuando el conductor de otro vehículo no se detuviere a prestar socorro o ayuda al conductor u ocupantes del vehículo accidentado, agravándose la pena en una mitad, si el accidente y la omisión de asistencia se produjeren en lugar deshabitado" (BOLIVIA 1997:120).

En este caso, su nomen iuris es el de omisión de socorro. Los delitos de comisión por omisión, también llamados de omisión impropia, son aquellos en los cuales se viola el precepto legal dejando de hacer lo que la ley obliga. Es el clásico ejemplo de la madre que produce la muerte de su hijo por no darle comida. Aquí existe un resultado positivo obtenido por una omisión. Lo que la ley castiga no es precisamente la omisión sino el resultado que se produce. La diferencia con los delitos de omisión radica en que en los delitos de comisión por omisión, la acción es negativa y el resultado positivo. El profesor Jiménez de Asúa tiene, a nuestro juicio, un criterio sumamente importante respecto a este tipo de delitos, por ello lo reproducimos literalmente: "En esta hora en que la solidaridad se impone, importa meditar si conviene abrir la esfera de los legítimos delitos de comisión

por omisión. Acaso no deben reputarse tales, únicamente los que se presenten en quebrantamiento de un deber nacido de un contrato u otro género de obligación jurídica, sino los que surgen contra el deber moralmente exigido por la convivencia social. Quien, al borde de un río, sin peligro para su persona, no arroja una cuerda o alarga un bastón a quien se encuentra ahogándose; quien ve avanzar al precipicio a un ciego y no lo detiene con sus voces o su brazo, deben considerarse reos de un homicidio de comisión por omisión.

Estos impropios delitos de omisión se caracterizarían porque no son equiparables a las acciones, en tanto que el caso antes dicho de la madre que no amamanta a su hijo, no tiene forma omisiva propia ni impropia, sino que es absolutamente equiparable a los delitos que se cometen por acción" (JIMENEZ 1976:218).

4.1.3.6. Delitos generales y propios

La distinción de estos delitos radica en el sujeto activo del hecho. Delitos generales son aquellos en los que el autor puede ser cualquier persona. Por ello, la mayoría de los tipos penales está encabezada por el término "el que". Delitos propios son aquellos que solamente pueden ser cometidos por determinadas personas que revisten una específica función. Así, por ejemplo, el prevaricato cuyo sujeto activo tiene que ser el Juez; el peculado y el cohecho que requieren que el infractor sea un funcionario público. Con los criterios doctrinales expuestos, a continuación se detallarán los delitos contra los deberes de asistencia familiar.

4.2. Delitos contra los deberes de asistencia familiar en el código penal

El Capítulo II del Título VII del Libro Segundo del Código Penal se ocupa de aquellos delitos que atacan el bien jurídico denominado ASISTENCIA FAMILIAR. Se entiende por asistencia familiar al cumplimiento de aquellas obligaciones exigidas por el desarrollo económico y moral de la familia. La inclusión de los delitos contra la familia en el Código Penal se debe, además de una cuestión de orden constitucional, al fundamental deber del Estado de resguardar la cohesión familiar y proteger a esta célula básica de la sociedad, considerando delitos muchas conductas que atentan contra su misma existencia. Antes de la promulgación del actual Código, esos hechos estaban dejados exclusivamente a la esfera del derecho privado, concretamente al Derecho de Familia; empero las corrientes

contemporáneas han establecido como conductas antisociales estos hechos que atacan a la misma existencia familiar. Tres son los delitos que tipifica en la materia el Código Penal boliviano: abandono de familia, incumplimiento de deberes de asistencia y abandono de mujer embarazada.

4.2.1. Abandono de familia

Respecto al delito de abandono de familia, el Art. 248 del Código Penal textualmente señala: "El que sin justa causa no cumpliera las obligaciones de sustento, habitación, vestido, educación y asistencia inherentes a la autoridad de los padres, tutela o condición de cónyuge o conviviente, o abandonare el domicilio familiar o se substraerá al cumplimiento de las indicadas obligaciones, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años o multa de cien a cuatrocientos días. En la misma pena incurrirá el que no prestare asistencia o no subviniere a las necesidades esenciales de sus ascendientes o descendientes mayores incapacitados, o dejare de cumplir, teniendo medios económicos, una prestación alimentaria legalmente impuesta"(BOLIVIA 1997:115).

Es un delito de peligro y de resultado permanente, ya que la lesión de los intereses familiares subsiste mientras el infractor se mantiene alejado del hogar. El hecho se consuma con tres acciones:

- a) no cumplir con las obligaciones de sustento, etc.,
- b) abandonar el domicilio familiar o el hogar con todas las responsabilidades que apareja y
- c) substraerse al cumplimiento de esas obligaciones, vale decir, una omisión deliberada, decidir no hacerlo. Se sostiene que la esencia de este delito consiste precisamente en sustraer a determinadas personas de una protección que las leyes tratan de asegurar o garantizar.

El tipo penal consta de dos subtipos. En el primero el sujeto activo lo constituyen los padres, tutores, cónyuge o conviviente. En el segundo constituyen sujeto activo del delito quienes no prestan asistencia a sus ascendientes, descendientes o mayores incapacitados. Sujeto pasivo es, por una parte, la persona sometida a la patria potestad, a la tutela, a la curatela o el cónyuge o conviviente abandonado sin justa causa; y, por otra parte, los ascendientes, descendientes, mayores incapacitados que no son atendidos por

la persona que, pudiendo, no les presta asistencia. Puede darse el caso de varios sujetos pasivos; por ejemplo, cuando el hecho de abandono se refiere a toda una familia: esposa e hijos. El hecho consiste en omitir los deberes familiares, pero esta omisión debe ser dolosa, sin justa causa. La antijuricidad queda excluida si existe un estado de necesidad, por ejemplo: una huelga o cesantía de trabajo.

La culpabilidad habrá que analizarla en cada caso, por ejemplo: el miedo insuperable cuando uno de los esposos abandona el hogar en la absoluta creencia de que el otro atentará contra su vida. Por otro lado, se considera que para que se dé esta figura penal, el abandono no debe ser meramente temporal sino permanente, con ánimo de sustraerse de la responsabilidad que le corresponde al autor. Así, por ejemplo, una rencilla hogareña que impulse al esposo a dejar por un día el hogar, no puede considerarse dentro de este tipo penal, porque no existe en el individuo el ánimo de dejar librados a su suerte a los integrantes de su familia.

El abandono de familia es sancionado porque supone un incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, sin que para ello medie una justificación atendible. Ya sea maliciosa o voluntariamente se omiten o se dejan de lado las prestaciones necesarias para el sustento de la familia; todo esto es inherente a la patria potestad, la tutela o la condición de cónyuge o conviviente. El desamparo no es delito, ni el mero desamparo material, sin peligro de la seguridad física del sujeto pasivo quien, en este caso, es la persona incapaz de proveer a su propio cuidado material, sea por la minoría de edad o enfermedad corporal o mental. Sujetos pasivos punibles son, aquellos quienes están obligados a no abandonar a los protegidos. Esta situación puede derivar de una situación de hecho, de la ley, de una convención o de cualquier otra índole, pero que el mismo implique un deber de cuidar materialmente al incapaz, preexistente al momento de que ocurra el abandono. La culpabilidad requiere el dolo.

De acuerdo al Art. 14 (DOLO) del Código Penal: “Actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad. Para ello es suficiente que el autor considere seriamente posible su realización y acepte esta posibilidad” (BOLIVIA 1997:40).

Por otra parte, es necesario aclarar también el término de culpa, el mismo que se encuentra estipulado en el Art. 15 (CULPA) del mismo cuerpo de leyes, que señala lo

siguiente: "Actúa culposamente quien no observa el cuidado a que está obligado conforme a las circunstancias y sus condiciones personales y, por ello:

- 1) No toma conciencia de que realiza el tipo legal.
- 2) Tiene como posible la realización del tipo penal y, no obstante esta previsión, lo realiza en la confianza de que evitará el resultado" (BOLIVIA 1997: 41).

Por último, el delito de abandono de familia está catalogado como un delito de acción penal privada; es decir, sólo perseguible a instancia de la parte interesada. Pero se cree que dicha acción no está enmarcada en la vía adecuada ni la más eficaz para lograr el oportuno suministro de la mencionada asistencia.

4.2.2. Incumplimiento de deberes de asistencia

El delito de incumplimiento de deberes de asistencia está tipificado en el Código Penal en su Art. 249 del siguiente modo: "Incurrirá en privación de libertad de seis meses a dos años, el padre, tutor, curador, de un menor o incapaz, y quedará inhabilitado para ejercer la autoridad de padre, tutoría o curatela, en los siguientes casos:

- 1) Si dejare de proveer sin justa causa a la instrucción primaria de un menor de edad escolar.
- 2) Si permitiere que el menor frecuente casas de juego o de mala fama o conviva con persona viciosa o de mala vida.
- 3) Si permitiere que el menor frecuente espectáculos capaces de pervertirle o que ofendan el pudor, o que participare el menor en representación de igual naturaleza.
- 4) Si autoriza a que resida o trabaje en casa de prostitución.
- 5) Si permitiere que el menor mendigue o sirva a mendigo para inspirar conmiseración" (BOLIVIA 1997:115-116).

Habida cuenta de que este artículo contiene varios incisos, es conveniente analizarlos separadamente para un mejor desarrollo. Sin embargo es importante aclarar que cuando la ley emplea el término "padre" engloba tanto al padre como a la madre en ausencia de éste. En el primer subtipo el sujeto activo del delito es el padre, tutor, curador que deja de proveer sin justa causa la instrucción primaria. Sujeto pasivo es el menor o incapaz

perjudicado. Es un delito de omisión deliberada por cuanto el tipo aclara que el incumplimiento debe ser sin justa causa. El segundo subtipo admite, a entender, tanto una comisión dolosa como culposa. Es un hecho que atenta contra la formación del menor al permitir que su vida se desarrolle en un caldo de cultivo de la criminalidad. El delito se consuma cuando el menor frecuenta las casas de juego (tienen que ser de azar o prohibidos estrictamente por ley para menores) o de mala fama. El delito también se consuma permitiendo que el menor conviva con persona o personas viciosas o de mala vida. Habrá que tener cuidado para determinar bajo qué parámetros se puede establecer que una persona es de "mala vida".

El tipo penal exige que la conducta del menor sea frecuente. Por ello se considera que no se da este delito cuando, por ejemplo: el menor va por una sola vez a título de curiosidad. El tipo exige que la conducta del menor sea reiterada y que el infractor tenga conocimiento de este hecho. En el tercer caso el tipo exige, igual que en el caso anterior, que exista una reiteración en la conducta del menor y un conocimiento por parte del responsable. Los espectáculos suelen ser catalogados, con anterioridad, en cuanto a su permisión para menores, de modo que el barómetro para determinar qué espectáculo es prohibido para el menor lo dará el juicio u opinión que se hace de cada espectáculo por parte de las autoridades competentes. Se sanciona también el hecho de admitir que un menor participe en representaciones que atentan contra el pudor. La razón del cuarto inciso es obvia. La vida en casas de prostitución hace que el menor pueda adquirir una serie de actitudes que en el futuro podrían llevarlo a un comportamiento antisocial que a la larga, o quizás en corto tiempo, pueda convertirse en una conducta delictiva. El delito es doloso, por cuanto el infractor conoce y permite que el menor trabaje o resida en casa o casas de prostitución.

En lo que se refiere al quinto subtipo, el sujeto activo de este delito es el padre, tutor o curador que permite o fomenta la mendicidad del menor. Sujeto pasivo es el menor que mendiga. Este tipo penal ha sido incluido por el legislador en razón de que en muchos casos se ha hecho norma utilizar a menores con el fin de obtener limosna. La conducta consiste en permitir que el menor mendigue o que acompañe a un mendigo para inspirar compasión.

En este último caso se hace necesario discriminar la participación del mendigo. Si éste interviene con conocimiento y en franca convivencia con un tercero, ambos son autores del tipo penal. Pero si, por ejemplo, el mendigo es un oligofrénico (que tiene una insuficiencia psíquica de origen congénito), entonces estaremos frente a un caso de autoría mediata; es decir, tendrá que haber un intermediario que intervenga en esa relación.

En términos ya generales, cabe rescatar la opinión de Morales Guillén quien respecto a este delito señala en forma textual: “La protección que se debe a la institución familiar (Art. 62 de la C. P. del E.), determina la tutela penal de algunos de los vínculos inherentes a su existencia misma. Castiga y/o reprime a los padres que se sustraen a proporcionar los medios que precisan la subsistencia y la formación del hijo menor o del impedido, así este sea mayor. Al adoptante respecto del adoptado. Al tutor o curador en cuanto al menor o al incapaz bajo tutela o curatela. Al cónyuge respecto del otro.

Ese es el marco que encierra este artículo, que no comprende, como ocurre en otras legislaciones, la obligación inversa de los hijos respecto de los padres” (MORALES 1994:175).

Por otra parte, Morales Guillén opina que “la acción típica importa la no prestación de los medios indispensables para la educación y la buena formación de los hijos menores”. Según la concepción que asumimos nosotros en el primer capítulo, el tipo recae sobre acciones que atentan el cumplimiento de asistencia en sentido amplio, excluyendo la alimentaria. El elemento subjetivo es el dolo constituido por la voluntad del agente de substraerse al cumplimiento de las obligaciones que le incumben por mandato de la propia ley.

En este delito hay omisión; el mismo se consuma en el momento en que se da la inactividad frente al deber positivo de actuar. Para su perfeccionamiento no se requiere la comprobación de un daño efectivo que sea consecuencia del comportamiento ilícito. Bastará la posibilidad del perjuicio causado por el sólo incumplimiento de los deberes de asistencia fijados por el mismo artículo. No cabe la posibilidad de tentativa. Es también un delito de acción penal privada, tal cual lo señala el art. 7º del Código de Procedimiento Penal.

4.2.3. Abandono de mujer embarazada

El Art. 250 referido al delito de abandono de mujer embarazada señala textualmente: " El que fuera de matrimonio hubiera embarazado a una mujer y la abandonare sin prestarle la asistencia necesaria, será sancionado con reclusión de seis meses a tres años. La pena será de privación de libertad de uno a cinco años, si a consecuencia del abandono la mujer comete un delito de aborto, infanticidio, exposición o abandono del recién nacido, o se suicidare"(BOLIVIA 1997:116).

En este delito, el sujeto activo puede ser cualquier persona. Sujeto pasivo es la mujer embarazada. Esta figura de delito tiende a proteger a la mujer embarazada que se ve abandonada en ese estado. No es la asistencia familiar el bien jurídico protegido, sino el debido reconocimiento a la maternidad fuera del matrimonio.

El hecho se consuma abandonando a la mujer que está embarazada. El embarazo tiene que producirse a consecuencia de una relación extramatrimonial. Pero no excluye esta figura el concurso; es decir, por ejemplo, el caso de una seducción seguida de estupro y, posteriormente, suscitarse el abandono.

La segunda parte de este delito tiene como fundamento para su agravación el hecho de que la mujer, a consecuencia del abandono, sumida en desesperación, incurra en la comisión del delito de aborto, infanticidio o que, en última instancia y como medida extrema, la mujer llegue a suicidarse.

El delito es doloso, por cuanto requiere por parte del infractor tanto el conocimiento del embarazo como la voluntad de abandonar a la mujer que está en ese estado. Por otro lado, Morales Guillén en su Código penal concordado y anotado hace notar que este artículo se refiere a una acción que no encaja en el marco de los delitos contra la familia. No se hace referencia expresa al padre, matrimoniado o conviviente, como en la figura del abandono de familia. Se trata de un caso extraño al matrimonio o a la unión conyugal libre. La frase: "el que fuera de matrimonio, hubiere embarazado a una mujer, etc.", no autoriza incluir el hecho entre los delitos contra la familia, en opinión de Morales Guillén. En el supuesto del artículo no existe la familia ni matrimonial ni extramatrimonial. Señala textualmente: "Ha de estimarse que por ello, el Proyecto de 1943, al incluir en el Capítulo 3º de los delitos contra la familia, abandono de mujer embarazada (Art. 431), describe

este delito indicando que incurre en él, quien manteniendo relaciones con una mujer, la embarazare y careciendo la misma de medios propios suficientes, rehusare la ayuda precisa.

Las relaciones a que se refiere este artículo, para ser consideradas FAMILIARES en función de la ubicación del instituto, debería hacer referencia a los de la unión libre definida por los Arts. 158 y 159 del C. de F., o por lo menos a las situaciones descritas en el Art. 171 del mismo. Pero, no lo hace así, por ende, creemos que se refiere a las RELACIONES de las UNIONES IRREGULARES, que vendrían a ser 'uniones inestables y plurales', que no reúnen algunos de los requisitos exigidos para el matrimonio” (MORALES 1994:175).

4.3. La acción penal

El derecho penal sustantivo describe la conducta antijurídica y señala la pena que debe aplicarse al autor de esa conducta. Esa pena no puede aplicarse sino a través de un proceso penal. Como éste es el caso también de los delitos contra los deberes de asistencia familiar examinados recientemente, corresponde, a continuación, revisar las características principales de ese proceso.

4.3.1. Características del proceso penal

De acuerdo a William Herrera Añez (HERRERA 1993), son rasgos esenciales de la acción penal: su carácter público, seguimiento de oficio, indivisibilidad, irrevocabilidad, unidad e indisponibilidad.

4.3.1.1. Carácter público

El carácter público de la acción penal se pone de manifiesto, incluso tratándose de las acciones privadas, debido a que trasciende a los intereses individuales y su desenvolvimiento se confía a órganos públicos. Modernamente, la acción penal es un derecho exclusivo del Estado, nadie puede hacerse justicia con sus propias manos. El Código de Procedimiento Penal, en su Art. 5 señala que la acción penal es pública, en los delitos que se siguen de oficio por el Ministerio Público, sin perjuicio de la acusación o denuncia de índole particular. Por su parte, la Constitución Política del Estado en su Art.

180, inc. l) estipula, como una condición esencial de la administración de justicia, la publicidad en los juicios.

4.3.1.2. Seguimiento de oficio

El seguimiento de oficio de la acción penal nace de la obligación que tiene el Estado de luchar contra la delincuencia, iniciando y promoviendo el ejercicio de la acción penal de oficio, es decir, sin esperar alguna denuncia, ya sea del ofendido o de terceras personas.

El art. 5 del Código de Procedimiento Penal, señala que los delitos de oficio son perseguibles por el Ministerio Público, sin perjuicio de la acusación o denuncia de particulares. Este artículo concuerda con el inc. 1) del Art. 46 del cuerpo de leyes prenombrado: promover y ejercitar la acción penal en los delitos de acción pública, sin esperar querrela de la parte ofendida. Para tal efecto el Ministerio Público es quien ejerce la titularidad de la acción penal pública. Pero, lo correcto sería pensar o sostener que, lo que le corresponde al Estado y éste ejercita en ese caso por medio del juez de la causa, es la jurisdicción, y no que la acción penal le corresponde al Estado.

Por ende, cuando el juez inicia la investigación o el proceso, sin denuncia de nadie y sin acusación de un particular ni instancia del Ministerio Público, no está ejercitando ninguna acción ante sí mismo; mas al contrario, simplemente está poniendo oficiosamente en movimiento la función jurisdiccional del Estado.

Hay que especificar, que la acción tiene que ser ejercitada siempre por una persona distinta del juez, que conozca el proceso y lo haga en representación del Estado, pues éste es el sujeto pasivo de la acción, por lo cual no puede ser simultáneamente el sujeto activo de la acción, porque resultaría ejercitándola ante sí mismo, lo cual sería inaceptable. En tanto que, en los delitos de acción privada, corresponde al acusador privado ser quien promueva la acción penal ya que tiene -por así decirlo- “el monopolio de la acusación”.

4.3.1.3. Indivisible

La indivisibilidad de la acción penal significa, que la acción penal alcanza a todos los que han participado en la comisión de un delito. Es decir, por un mismo delito no se podrá

seguir diferentes procesos, aunque los imputados sean distintos; así lo señala el Art. 27 del Código de Procedimiento Penal.

4.3.1.4. Irrevocable

El carácter irrevocable de la acción penal conlleva la idea que no se tiene la facultad de desistir, una vez ejercida la acción penal; tampoco se la puede suspender, interrumpir o hacerla cesar. Por otra parte, tratándose de delitos de acción pública, ésta está reservada única y exclusivamente al Estado y ni siquiera su titular, que es el Ministerio Público, puede renunciar o desistir. El Art. 8 del cuerpo de leyes prenombrado estipula que la acción penal pública es irrenunciable cuando es ejercida por el Ministerio Público. Lo contrario ocurre con los delitos de acción privada, en las cuales el ofendido está facultado a desistir, renunciar e incluso perdonar.

4.3.1.5. Unidad

La acción es autónoma respecto al derecho material cuya realización es pretendida mediante el ejercicio de aquella. No existen distintas acciones que correspondan a cada uno de los delitos integrantes del catálogo penal, sino una acción penal única, tendiente a obtener la actividad jurisdiccional penal. La referida unidad se complementa e integra con la indivisibilidad de la acción penal.

4.3.1.6. Intransferible e indisponible

La acción penal es intransferible; es decir que no se puede delegar a terceras personas. Sólo puede ejercerla la persona a quien la ley le otorga esa facultad. A su vez es indisponible, lo que significa que sobre la acción penal no se puede celebrar ningún tipo de acuerdo. En sentido contrario a los delitos de acción pública, se encuentran los de acción privada o de menor gravedad, donde el único titular de la acusación es la "víctima u ofendido". Para el jurisconsulto argentino Carlos J. Rubianes, éste es un sujeto esencial, ya que la ley le otorga el poder de ejercer exclusivamente dichas acciones, con la ausencia de la intervención fiscal.

El acusador privado no tiene el carácter de un funcionario estatal, específicamente creado para el ejercicio de la acción penal, sino que su poder legítimo se basa en su calidad de ofendido por el delito. La denominación "privado" se contraponen; a "público", con la cual

no debe confundirse. Puesto que, interviene procesalmente mediante querrela, se lo denomina también querellante exclusivo para destacar que en los referidos procesos no interviene con el fiscal, sino que es el único titular del ejercicio de la acción penal privada.

4.3.2. Carácter privado de los delitos contra deberes de asistencia familiar

El Art. 7 del Código de Procedimiento Penal, enuncia los delitos de acción privada, que son los siguientes: "difamación, calumnia, injuria, ofensas recíprocas, violación de correspondencia no destinada a publicidad, estupro, violación de personas mayores de la edad de la pubertad, abuso deshonesto, ultraje al pudor, raptó impropio, corrupción de mayores, apropiación o venta de prenda, violación del derecho de autor y de privilegio de invención, desvío de clientela, corrupción de dependientes, abandono de mujer embarazada fuera de matrimonio, abandono de familia, incumplimiento de deberes de asistencia, daño simple, despojo, alteración de linderos, perturbación de posesión y usurpación de aguas. La inducción de fuga a un menor y el engaño a personas incapaces, son de asistencia privada o de acción del Ministerio Público en los casos expresamente señalados por ley. Los demás delitos que figuran en el Código Penal son de acción pública" (BOLIVIA 1994:11).

Nótese que entre los delitos de acción privada enunciados en el Art. 7 del Código de Procedimiento Penal figuran los tres delitos contra los deberes de asistencia familiar que han sido examinados en el apartado anterior de este capítulo; ya en esa oportunidad se llamó la atención sobre ese su carácter.

La acción privada que es propia de los delitos en cuestión tiene, entre las principales características, a las siguientes: La publicidad, que es una condición esencial de la administración de justicia en toda clase de procesos; constituyen excepción aquellos casos que van en contra de la moral y las buenas costumbres.

No existe el seguimiento de oficio, ya que éste ejercicio o facultad sólo la ejerce el acusador privado que tiene, como ya dijimos anteriormente, "el monopolio de la acusación". Se puede desistir y renunciar, esto es consecuencia de la disposición según la cual la acción privada se ejerce sólo mediante la acusación del agraviado o de su representante legal.

El desistimiento en los delitos de acción privada es irrevocable y extingue la responsabilidad civil, tal cual lo estipula la última parte de los Arts. 6 y 17 del Cdgo. De Pdto. Penal.

Finalmente, el objetivo o fin de la acción penal en los delitos de acción privada, tal como en los de acción pública también, es el de la averiguación del hecho, su juzgamiento y la imposición de una pena o medida de seguridad. Así lo señala el Art. 4º del Código de Procedimiento Penal.

CAPITULO V

VALORACION DE LA EFICACIA DE LA ACCION PENAL PARA EL OPORTUNO SUMINISTRO DE ASISTENCIA FAMILIAR

5. INTRODUCCION

Los resultados del estudio de los alcances de las normas sustantivas relativas a la asistencia familiar (Capítulos I y II), así como del análisis de los aspectos procesales de la acción familiar (Capítulo III) y penal (Capítulo IV), permiten ya, en este último capítulo de la tesis, emitir un juicio de valor sobre la eficacia de ambas acciones para el logro de un oportuno suministro de la asistencia familiar. Es recogiendo los resultados que, a continuación se argumenta la ineficacia de la acción penal frente a la familiar, tal como se lo haya planteado tentativamente en la idea a defender.

El primer apartado del capítulo está dedicado a la fundamentación teórica de la ineficacia de la acción penal. En la segunda sección se presentan los resultados de un trabajo de campo que sustentan la idea a defender también empíricamente.

5.1. Ineficacia de la acción penal frente a la familiar

Para tener un mejor entendimiento del contenido de este punto, es necesario comenzar por aclarar el concepto de eficacia y su contrario, el concepto de ineficacia, puesto que dicha palabra viene a ser el criterio de valoración que se adopta en el presente trabajo. Al respecto Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, conceptualiza a la eficacia como: "(...)Efecto o consecuencia(...).Validez. Resultado adecuado; éxito de un procedimiento, sistema o recurso" (CABANELLAS 1986: 380).

También podemos relacionarla con la palabra eficiente, la misma que se da a entender como: "adecuado para surtir efecto o lograr el propósito perseguido".

En contraposición encontramos la palabra de ineficacia, la cual, también según Cabanellas, es: "Falta de eficacia, de consecuencia o efectos normales(...). Dentro la técnica jurídica, esta voz es muy distintamente usada. Para algunos constituye un término genérico que se subdivide en anulabilidad, invalidez, nulidad, inexistencia, entre más

categorías; para otros expresa mayor o menor grado de inutilidad jurídica” (CABANELLAS 1986: 400).

Bajo ese entendido, los resultados de la investigación realizada en torno a la eficacia de la acción penal frente a la acción familiar, con referencia a la satisfacción de una obligación de asistencia familiar, nos lleva a sostener la ineficacia de la primera sobre la base de argumentos teórico - doctrinales que siguen a continuación.

5.1.1. La acción penal persigue la imposición de la pena o una sanción

Como ya se expuso anteriormente, la acción penal se origina por la comisión de un delito y está dirigida a imponer al autor del mismo, la pena que por ley le corresponda. En el caso de nuestra investigación, citamos el Art. 248 (Abandono de Familia) del Código Penal, que transcribiremos nuevamente en su totalidad, subrayando la consecuencia que la comisión del delito acarrea: "El que sin justa causa no cumpliere las obligaciones de sustento, habitación, vestido, educación y asistencia inherente a la autoridad de los padres, tutela o condición de cónyuge o conviviente, o abandonare el domicilio familiar o se substraiga al cumplimiento de las indicadas obligaciones, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años o multa de cien a cuatrocientos días.

En la misma pena incurrirá el que no prestare asistencia o no subviere a las necesidades esenciales de sus ascendientes o descendientes, mayores incapacitados, o dejare de cumplir, teniendo medios económicos, una prestación alimentaria legalmente impuesta"(BOLIVIA 1997:101-102).

Cabe recalcar que la pena constituye un mal infringido al autor del delito consistente en la disminución de un bien jurídico; en el caso que nos ocupa, la libertad de locomoción. Dicho de otro modo, la acción penal, a través de la cual se persigue la imposición de la pena, se interesa por el autor del delito, no por la víctima del mismo.

Lo anterior significa que, en caso de delitos relacionados con el incumplimiento de la asistencia familiar, la acción penal y la imposición de la pena no busca el cumplimiento de la obligación en forma directa, sino indirecta, a través de la readaptación y reintegración social del autor que son fines que caracterizan la penas, por lo menos a nivel teórico, en el ordenamiento nacional.

A diferencia de la acción penal, la acción familiar abarca todo lo referente a las relaciones familiares de derecho. Es por ello que, esta acción también incluye todo lo referente a la asistencia familiar prevista en varios artículos del Código de Familia (Arts. 14 al 29; y 428 al 437). Ofrece también una serie de garantías, ya detalladas anteriormente, para el oportuno suministro de la asistencia familiar, las cuales, de ser aplicadas y otorgadas tal cual lo indican las leyes, en su momento llegan a ser totalmente eficaces y justas.

5.1.2. El cumplimiento de la sanción ocasiona la permanencia del delito

Ya se mencionó con anterioridad, que el hecho de que el obligado incumplido esté dentro de un recinto penitenciario, privado de su libertad, acarrea la gran consecuencia de que, el delito -de no prestar la asistencia familiar, cuando se la debe dar- permanece en su integridad, pues, no se ha satisfecho dicha necesidad, no se la ha proporcionado oportunamente al que la solicita.

Habrá que entender que, quien solicita la asistencia se encuentra con varias necesidades indispensables para su sustento diario, las cuales no se pueden obviar, o en cierto modo compensar, si vale el término, con la imposición de una pena o sanción que, se reitera, sólo ocasiona la permanencia del delito.

Por otra parte, si bien en los recintos carcelarios algunos de los reclusos logran trabajar u obtener algunos recursos económicos, éstos no abastecen de ninguna manera más que sus propias necesidades; por ende, dichos recursos no logran satisfacer otras obligaciones. Es decir, los obligados siguen sin poder cancelar los montos adeudados por asistencia familiar. El reconocimiento de la imposibilidad de trabajar y cubrir los montos de daños civiles emergentes del delito y, en nuestro caso los montos de asistencia familiar, constituyó uno de los tantos argumentos por los cuales el Ministerio de Justicia, mediante la Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales (Ley N° 1602), abolió la prisión por deudas.

5.1.3. La disponibilidad privada de la acción penal puede generar efectos distorsivos

Ya en el Capítulo precedente se hizo mención al carácter privado que tienen los delitos contra los deberes de asistencia familiar. Ello significa, que sólo la parte interesada o afectada puede iniciar una acción penal por dichos delitos.

Esto equivale decir que, ni siquiera el Ministerio Público podría iniciar o continuar una acción sobre estos delitos, lo que vendría a darle una cierta clase de monopolio a la persona beneficiaria o necesitada de una asistencia. Ello, a su vez, podría generar en los hechos dos importantes distorsiones.

5.1.3.1. La acción penal puede ser utilizada en forma extorsiva

El ejercicio de la acción penal pública es intransferible e indisponible, según se ha visto en el Capítulo anterior. En ese sentido, el Ministerio Público tiene la obligación de ejercer la acción siempre que reúnan los requisitos exigidos por ley.

El ejercicio de la acción penal privada, por el contrario, no constituye una obligación del titular de la misma, sino más bien un poder y, hasta se podría sostener, un derecho subjetivo del agraviado por el delito calificado de acción privada. A diferencia de la acción pública, el acusador privado tiene disponibilidad plena de la acción, tanto al momento de iniciarla (puede o no hacerlo) como en cualquier momento del desarrollo del proceso. Es decir, puede desistir o renunciar, lo que extingue la acción.

La disponibilidad de la acción penal privada otorga al acusador un poder que fácilmente se podría constituir en un instrumento extorsivo que, a más de buscar a mediano plazo la satisfacción de la asistencia familiar, podría perseguir también, por lo menos hipotéticamente, otros fines no directamente relacionados con la misma.

5.1.3.2. Puede aumentar innecesariamente el número de causas a ser atendidas por la administración de justicia

Según se ha visto en el Capítulo III de esta tesis, en la jurisdicción familiar se dispone de una serie de medidas que constituyen garantías del oportuno suministro de asistencia familiar, las mismas que el alimentado puede solicitar tanto antes como durante e inclusive después de sustanciado el proceso.

Una de esas garantías es el apremio corporal, consistente en la reclusión del obligado incumplido en la cárcel hasta por seis meses.

Esta medida, según se explicó ya, se sigue manteniendo aunque la Ley de Abolición de Prisión por Obligaciones Patrimoniales eliminó el apremio corporal del ámbito del derecho civil. Hipotéticamente podría darse el caso de que el alimentado, para afrontar el incumplimiento de asistencia ya fijada en la sede familiar, acuda como acusador a la jurisdicción penal buscando la condena y la sanción del obligado incumplido.

Ese proceder, aunque ajustado a las leyes, implicaría, sin duda, un aumento innecesario de causas a ser atendidas por la administración pública que, en Bolivia, ya se encuentra saturada y presenta altos niveles de retardación.

5.2. Utilización de las vías familiar y penal en la práctica jurídica: estudio cuantitativo de demandas en los juzgados de la ciudad de Cobija, 2013

Los argumentos de ineficacia de la acción penal frente a la familiar en materia de asistencia familiar expuestos en el apartado anterior son argumentos lógicos que nacen del análisis teórico del tema en cuestión. La eficacia de ambas vías requiere ser contrastada en la práctica jurídica. Para ello se procedió al estudio cuantitativo de demandas en los Juzgados de la ciudad de Cobija en 2013, llegándose a resultados que se presentan a continuación.

5.2.1. Volumen de demandas por vía familiar

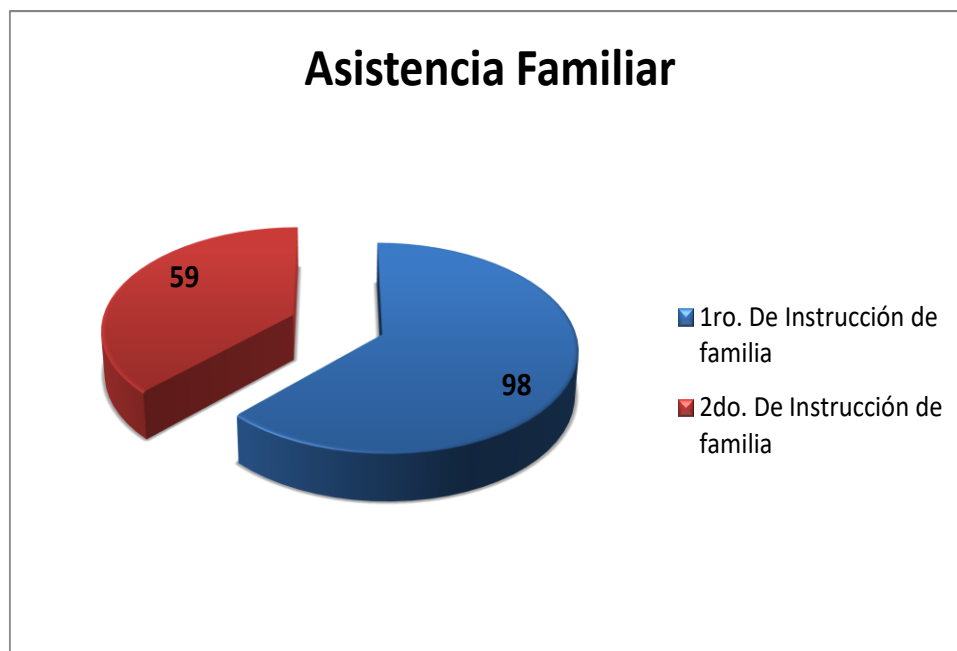
Cuadro Nº 1

Demandas de asistencia familiar presentadas en los Juzgados de Instrucción de Familia de Cobija, 2013

Tipo de proceso	Juzgado	
	1ro. De Instrucción de familia	2do. De Instrucción de familia
Asistencia Familiar	98	59
Total	157	

Gráfico N° 1

Demandas de asistencia familiar presentadas en los Juzgados de Instrucción de Familia de Cobija, 2013



Cuadro y gráfico elaborados con datos del Consejo de la Magistratura. Ver Anexos

Según se puede observar, tanto en el Cuadro como en la Gráfica N° 1, durante el año 2013 han sido presentadas en los dos Juzgados de Instrucción de Familia en Cobija 157 demandas. El volumen de causas hace pensar que la idea de “familia”, la responsabilidad de los padres o parejas que hoy en día deciden unir sus vidas, con la idea de formar un “hogar”, ya no son las mismas de antes.

Esta opinión a nuestro parecer, es aplicable a todos los estratos sociales, en los cuales las necesidades o una ayuda van aparejadas a las responsabilidades de los integrantes de cada familia.

En el cuadro y en la gráfica se puede observar, asimismo, que la distribución de las causas por Juzgados no es uniforme. Así, el Juzgado Primero atendió el mayor número de demandas -98- mientras que el Juzgado Segundo el menor número de las mismas -59-. Esta desigual distribución es explicable por el sistema de sorteo.

5.2.2. Volumen de demandas por vía penal

A diferencia de lo que ocurre en la vía familiar, en 2013 no se presentaron casos de acción penal por delitos de abandono de familia (Art. 248 del C. P.) en los Juzgados de Instrucción en lo Penal de la ciudad de Cobija. Con la explicación de que dichas causas son de acción privada, por lo que no son accesibles al público, no se pudo revisar lo obrado.

5.2.3. Análisis comparativo

Los resultados obtenidos del análisis comparativo del volumen de causas en las dos vías reafirman nuestra teoría, acerca de la ineficacia de la acción penal frente a la acción familiar. Por las razones teóricas anteriormente expuestas, esta vía no parece tener sentido. Es por ello que tampoco es utilizada en la práctica jurídica.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES

PRIMERA

La asistencia familiar, entendida como la ayuda material y/o económica que se proporciona a un pariente necesitado de ella, generalmente en forma de pensión, es una de las expresiones más importantes del deber de asistencia. Originalmente de carácter concienical y posteriormente jurídico, en un contexto de solidaridad y socorro en casos de contingencias, que, de no ser proporcionada, pondrían en riesgo la sobrevivencia de los miembros de un grupo familiar.

SEGUNDA

El ordenamiento jurídico boliviano regula la asistencia familiar en sus aspectos tanto sustantivos como procedimentales en el Código de Familia, abriendo para las correspondientes demandas la jurisdicción de los Juzgados de Familia. Además tipifica el incumplimiento de los deberes de asistencia como delito en el Código Penal, con lo que se abre la posibilidad de una jurisdicción penal en materia de asistencia familiar. Ambas vías jurisdiccionales tienen sus propias características procedimentales.

TERCERA

La jurisdicción familiar constituye una vía eficaz no solamente en lo que se refiere a la determinación judicial de la asistencia sino también en lo concerniente a las garantías que proporciona en caso de que el suministro de la misma no se realice en forma oportuna o inclusive se de el incumplimiento de la obligación.

CUARTA

La vía penal, por el contrario, no tiene por finalidad inmediata lograr el cumplimiento de la obligación de asistencia sino imponer la pena al obligado incumplido. Como la situación en las cárceles bolivianas no proporciona oportunidades de trabajo, él se ve prácticamente imposibilitado de pagar la pensión mientras se encuentra recluido, lo que a

su vez ocasiona la permanencia del delito. Además, al ser la acción penal en materia de asistencia familiar de carácter privado, compete iniciarla únicamente al beneficiario o a su representante, el mismo que tiene disponibilidad de la mencionada acción, lo que puede producir que se distorsione la utilización de la vía penal. Por las razones teóricas expuestas, el empleo de la vía penal para lograr el oportuno suministro de la asistencia familiar es ineficaz.

QUINTA

El trabajo de campo realizado en 2013 en los Juzgados en materia Familiar y Penal en la ciudad de Cobija evidencia que en el mencionado período no se iniciaron demandas por la vía penal frente a 159 demandas en la sede familiar, lo que demuestra que la vía penal no es utilizada con frecuencia para lograr el oportuno suministro de la asistencia y confirma, a nivel fáctico, la conclusión anterior.

SEXTA

Las conclusiones precedentes comprueban la idea planteada al inicio de la investigación.

6.2. RECOMENDACIONES

Una inferencia lógica de las conclusiones que se presentaron precedentemente sería la conveniencia de derogar los artículos del Código Penal referidos a los Delitos Contra los Deberes de Asistencia Familiar, por ser la vía penal ineficaz y por contar esos deberes con mejores garantías en la jurisdicción familiar. Sin embargo no nos aventuramos a realizar tal planteamiento por cuanto existen en relación a esa posible conclusión algunos aspectos adicionales que ameritan ser analizados con mayor profundidad y podrían constituir temas de ulteriores investigaciones.

Concretamente se pueden señalar los siguientes tópicos a ser abordados:

El alcance de las normas sustantivas penales en cuanto a deberes de asistencia cuyo incumplimiento efectivamente penalizan. Mientras el cumplimiento de los deberes alimentarios está garantizado por el Código de Familia, se podría ver la posibilidad de restringir los tipos penales a deberes no alimentarios que, en la vía familiar, actualmente parecen no contar con suficiente respaldo para su efectivo cumplimiento.

El valor y la aplicabilidad del instituto de extradición en materia familiar. Esta figura, típica del ámbito penal, podría constituir una importante garantía complementaria a las previstas en la legislación familiar, en caso de obligados que logren salir, ya sea de buena o mala fe, del país evadiendo así sus responsabilidades. Si bien actualmente la posibilidad de extradición es prácticamente inexistente por los alcances de la regulación de tipo internacional e interestatal, así como por su costo, hay necesidad de examinar las potencialidades de esta figura en el contexto de una creciente globalización y migración de los trabajadores. Este último fenómeno es particularmente importante en el caso de Bolivia cuyos ciudadanos buscan con frecuencia oportunidades laborales en el exterior, olvidándose con el tiempo de las familias que dejaron en sus lugares de origen.

La posibilidad de transformar los Delitos contra los Deberes de Asistencia Familiar en delitos de acción pública a instancia de parte, lo que podría limitar la disponibilidad absoluta del proceso que actualmente tiene la parte querellante.

Por otro lado, haciendo abstracción de la vía penal, existen también tópicos propios de la legislación familiar en materia de asistencia, particularmente en lo que se refiere a las garantías del cumplimiento, cuya aplicación podría ser considerada previo análisis.

Concretamente: La posibilidad de incorporar en nuestra legislación nuevas sanciones contra el obligado incumplido. Así, por ejemplo, el retiro de la licencia de conducir, la anotación del carácter de moroso en determinados registros públicos, la comunicación de su carácter de incumplidor al lugar donde desempeña su trabajo y a las entidades bancarias, el impedimento de contraer matrimonio, etc. La viabilidad, en nuestro país, de la solución al incumplimiento de la obligación de asistencia familiar prevista en el sistema francés donde “el Tesoro Público se hace cargo del pago de las pensiones alimenticias que no son abonadas por el deudor, sin perjuicio del derecho que nace para el Fisco de intentar recuperar lo abonado, a través de un juicio contra el obligado” (BUSSERT 1991: 58).

BIBLIOGRAFIA

1. ARGÚELLO, Luis Rodolfo 1990, Manual de Derecho Romano, Buenos Aires, 3era. ed., Ed. Astrea.
2. ASESTO, Julio Cesar 1988, Derecho Procesal Penal, Caracas, Ed. Gaceta Oficial de la República
3. BOLIVIA 2009, Constitución Política del Estado, La Paz, 2da. ed., Ed. Servigraf
4. BOLIVIA 1993, Código de Familia, Cochabamba, Ed. Serrano
5. BOLIVIA 1995, Código de Procedimiento Civil, Cochabamba, Ed. Serrano
6. BOLIVIA 1990, Código Civil, La Paz, Ed. Puerta del Sol
7. BOLIVIA 1990, Comisión Nº 5: Código de Familia, Publicación de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación
8. BOLIVIA 1983, Constitución Política del Estado, La Paz, Ed. Puerta del Sol
9. BOLIVIA 1990, Código Civil, La Paz, Ed. América S. R. L.
10. BOLIVIA 1997, Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar, La Paz, Gaceta Oficial de Bolivia
11. BOLIVIA 1997, Código Penal, Cochabamba, 2da. ed., Ed. Los Amigos del Libro
12. BOLIVIA 1996, Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales y Ley de Fianza Juratoria Contra la Retardación de Justicia, La Paz, Ed. Los Amigos del Libro
13. BUSSERT, Gustavo A. 1991, Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, 3era. ed., Ed. Astrea
14. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo 1976, Diccionario de Derecho Usual, Buenos Aires, 9na. ed., Ed. Heliasta S. R. L.
15. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo 1986, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III - IV, Buenos Aires, 20ma. ed., Ed. Heliasta

16. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo 1994, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Revisada, Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, 23era. ed., Ed. Heliasta
17. CARRARA, Francisco 1977, Programa de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I, Bogotá, Ed. Temis
18. COUTURE, Eduardo 1983, Vocabulario Jurídico, Buenos Aires, Ed. Depalma
19. DECKER MORALES, José 1998, Código de Familia, Comentado y Concordado, Cochabamba, 2da. ed., Ed. Cueto
20. DE SANTO, Víctor 1981, La Defensa y la Demanda en el Proceso Civil, Buenos Aires, 2da. ed., Ed. Universidad
21. DE SANTO, Víctor 1991, Diccionario de Derecho Procesal, Buenos Aires, Ed. Universidad
22. DICCIONARIO LAROUSSE 1964, Buenos Aires, Ed. Larousse
23. DICCIONARIO DE LAS AMERICAS 1987, Barcelona, Ed. Plaza &Janéz
24. ESCRIBANO, Carlos y Raúl 1984, Alimentos entre Cónyuges, Buenos Aires, Ed. Astrea
25. GAROFALO, Rafael 1890, La Criminología, Nápoles, 2da. ed.
26. GARECA OPORTO, Luis 1987, Derecho Familiar, Práctico y Razonado, Oruro, Ed. Lillial
27. GWINN, Robert P. 1976, Enciclopedia Barsa, Tomo VI, Buenos Aires
28. HERRERA AÑEZ, William 1993, Apuntes de Derecho Procesal Penal, Santa Cruz, Ed. Sirena
29. JESCHECK, Hans Heinrich 1981, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Ed. Bosch
30. JIMENEZ, Raúl 1984, Teoría y Práctica del Derecho de Familia, La Paz, Ed. Popular
31. JIMENEZ DE ASUA, Luis 1976, La Ley y el Delito, Buenos Aires, Ed. Sudamericana

32. JORDAN, Augusto 1990, Derecho Romano, Cochabamba, Ed. Arol
33. LAGOMARSINO Y SALERMO 1991, Enciclopedia de Derecho de Familia, Buenos Aires, Ed. Universidad
34. MORALES GUILLEN, Carlos 1990, Código de Familia, Concordado y Anotado, La Paz, 2da. ed., Ed. Gisbert y Cia. S. A.
35. MORALES GUILLEN, Carlos 1993, Código Penal, Concordado y Anotado, La Paz, Ed. Gisbert y Cia. S. A.
36. MORALES GUILLEN, Carlos 1994, Código Civil, Concordado y Anotado, La Paz, 4ta. ed., Ed. Gisbert y Cia. S. A.
37. MAZEAUD 1983, Derecho Civil, Parte I, Tomo IV, Buenos Aires, Ed. Heliasta
38. RODRIGUEZ DEVESA, José María 1986, Derecho Penal Español, Parte General, Madrid
39. SAMOS OROZA, Ramiro 1995, Apuntes de Derecho de Familia, Sucre, 2da. ed., Ed. Judicial
40. SOLER, Sebastián 1973, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, 6ta. ed., Ed. Argentina
41. VILLAMOR LUCIA, Fernando 1995, Apuntes de Derecho de Familia, La Paz, Ed. Popular
42. VILLAMOR LUCIA, Fernando 1994 - A, Apuntes de Derecho Penal Boliviano, Parte General, La Paz, 3era. ed., Ed. Popular
43. VILLAMOR LUCIA, Fernando 1994 - B, Apuntes de Derecho Penal Boliviano, Parte Especial, La Paz, 3era. ed., Ed. Popular
44. VILLAMOR LUCIA, Fernando 1991, Temas Penales, La Paz, Ed. Popular
45. ZAVALA BAQUERIZO, Jorge 1989, El Proceso Penal, Tomo I - II, Bogotá, Ed. Edino

ANEXOS