

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO



TESIS DE GRADO

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN
DE LA ASISTENCIA FAMILIAR EN BOLIVIA
TESISTA: SHIRLEY CHAVEZ LOAYZA
TUTOR: DR. RAUL JIMÉNEZ SANJINES

LA PAZ – BOLIVIA
2005

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

BIBLIOTECA



PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DEL FONDO BIBLIOGRÁFICO DE LA BIBLIOTECA DE DERECHO

GESTION 2017

Nota importante para el usuario:

“Todo tipo de reproducción del presente documento siempre hacer mención de la fuente del autor y del repositorio digital para evitar cuestiones legales sobre el delito de plagio y/o piratería”.

La dirección de la Biblioteca



DEDICATORIA

A MIS ABUELOS: ALBERTO (Q.E.P.D.) Y CARMEN, QUE CON SU CARIÑO Y AMOR ME GUIARON Y ACONSEJARON PARA FORJAR MI VIDA.

A MIS PADRES: CARLOS Y LIDIA: QUE ME DIERON SUS NOBLES ENSEÑANZAS Y LA LUZ QUE ILUMINA MIS PASOS.

A MIS HERMANOS: ROGER, GARY Y CHRISTIAN: QUE SIEMPRE ME ACOMPAÑAN Y DAN FUERZAS PARA EMPRENDER MIS METAS.

AGRADECIMIENTO:

AL DR. RAÚL JIMÉNEZ SANJINES: QUIEN CON SUS AMPLIOS CONOCIMIENTOS COLABORO EN EL DESARROLLO DE LA PRESENTE TESIS.

AL DR. TEODORO MOLINA SALAZAR: JUEZ CUARTO DE PARTIDO DE FAMILIA: QUIEN CON SU EXPERIENCIA ME BRINDÓ SU ENSEÑANZA Y COMPARTIÓ SUS CONOCIMIENTOS.

AL ING. GUIDO MANSILLA LAZARTE, QUIEN COLABORO CON LA PRESENTE TESIS EN EL ASPECTO METODOLÓGICO CON SU EXPERIENCIA EN ESTE CAMPO.

Í N D I C E

Dedicatoria.....	Pag. i
Agradecimiento.....	Pag. ii
Prologo -----	Pag. 1
Introducción -----	Pag. 3

CAPITULO I

ASISTENCIA FAMILIAR

1.1. Antecedentes Generales -----	Pag. 6
1.2. Definición -----	Pag. 7

CAPITULO II

VISION HISTORICA DE LA ASISTENCIA

FAMILIAR

2.1. Concepto de Alimento -----	Pag. 11
2.2. El Derecho Alimentario en Grecia -----	Pag. 12
2.3. Derecho Alimentario en Roma -----	Pag. 13
2.4. Derecho Alimentario en Alemania -----	Pag. 15
2.5. En el Derecho Canónico -----	Pag. 15

CAPITULO III

LA ASISTENCIA FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

3.1. La asistencia familiar en los tratados internacionales -----	Pag. 17
3.2. En Bolivia -----	Pag. 20

3.2.1. La asistencia familiar en la Constitución Política del Estado -----	Pag. 20
3.2.1.1. Extensión de la asistencia -----	Pag. 21
3.2.1.2. Límites temporales en los que se presta la asistencia familiar -----	Pag. 24
3.2.1.3. Sujetos obligados a la asistencia familiar -----	Pag. 25
3.2.1.4. Beneficiarios de la asistencia -----	Pag. 28
3.2.1.5. Origen de la obligación de la asistencia familiar -----	Pag. 29
3.2.1.6. Obligación derivada del matrimonio, la unión libre y el parentesco -----	Pag. 29
3.2.1.7. Asistencia familiar fijada en contrato -----	Pag. 31
3.2.1.8. Asistencia familiar fijada en testamento-----	Pag. 33
3.2.1.9. Requisitos para la asistencia familiar -----	Pag. 33
3.2.1.10. Características de la asistencia familiar ---	Pag. 35

CAPITULO IV

DE LOS PROCEDIMIENTOS FAMILIARES

4.1. Antecedentes -----	Pag. 40
4.2. En el mundo -----	Pag. 41
4.3. En Latinoamérica -----	Pag. 43
4.4. En Bolivia -----	Pag. 44

CAPITULO V

MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES

AUDIENCIA PRELIMINAR

5.1. Introducción -----	Pag. 47
5.2. Sus procedimientos -----	Pag. 48
5.2.1. En el mundo -----	Pag. 48
5.2.2. En América Latina -----	Pag. 50
5.2.3. En Bolivia -----	Pag. 54
5.2.3.1. Tentar la conciliación -----	Pag. 56
5.2.3.2. Sanear el Proceso -----	Pag. 56
5.2.3.3. Fijación definitiva del objeto, del proceso y de la prueba -----	Pag. 57

CAPITULO VI

PROCESO PARA LA FIJACIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR

6.1. Demanda y contestación -----	Pag. 58
6.2. Audiencia Preliminar -----	Pag. 60
6.2.1. Desistimiento de la acción -----	Pag. 61
6.2.2. Audiencia en rebeldía -----	Pag. 61
6.3. Audiencia Complementaria -----	Pag. 62
6.4. Sentencia -----	Pag. 63
6.4.1. Fundamentación de la decisión judicial -----	Pag. 64
6.5. De los Recursos -----	Pag. 64
6.5.1. Formas de concesión de los recursos -----	Pag. 65
6.5.2. Tramitación del recurso de apelación -----	Pag. 67

6.5.3. Improcedencia de recursos extraordinarios -----	Pag. 67
6.6. Liquidación de la asistencia familiar.- aprobación y orden de pago -----	Pag. 68
6.6.1. Su coercitividad -----	Pag. 69
6.6.2. Libertad bajo fianza juratoria o promesa verbal -----	Pag. 71
6.6.3. Embargo -----	Pag. 72

CAPITULO VII

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

7.1. Concepto y elementos de la prescripción -----	Pag. 75
7.2. Concepto y naturaleza de la caducidad -----	Pag. 76
7.3. Naturaleza jurídica de la prescripción.-----	Pag. 77
7.4. Utilidad y fundamento de la prescripción -----	Pag. 77
7.5. Diferencia entre prescripción y caducidad -----	Pag. 78

CAPITULO VIII

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR

8.1. Definición -----	Pag. 80
8.2. En el mundo -----	Pag. 82
8.3. En Bolivia -----	Pag. 84
8.3.1. Caracteres de la Prescripción -----	Pag. 86
8.4. Doctrina y legislación comparada -----	Pag. 87
8.4.1. Doctrina y Legislación Española -----	Pag. 87
8.4.2. Doctrina y Legislación Argentina -----	Pag. 89

CAPITULO IX

TABULACIÓN DE ENCUESTAS Y RESULTADOS

- 9.1. Tabulación de encuestas (cualitativismo) ----- Pag. 91
- 9.2. Tabulación de encuestas (cuantitativismo) ----- Pag. 92
- 9.3. Método de triangulación para el análisis de resultados ----- Pag. 92
- 9.4. Estudio –empírico observacional– a análisis inductivo,
dialéctico materialista ----- Pag. 92

CAPÍTULO X

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 10.1. CONCLUSIONES ----- Pag. 96
- 10.2. RECOMENDACIONES ----- Pag. 98

BIBLIOGRAFÍA ----- Pag.100

ANEXOS ----- Pag. 103

PROLOGO

La familia se constituye en la célula básica de toda sociedad, por cuanto es ella donde el ser humano recibe los elementos fundamentales para su formación y desarrollo; por lo que, es muy reconfortante que la tesista Shirley Chávez Loayza se preocupe y realice investigación y propuestas, acerca de un tema tan importante como es el de la asistencia familiar.

En Bolivia, en los últimos 50 años, la familia se ha desestabilizado debido al individualismo manifestado en su máxima expresión, lo cual ha degenerado en la disgregación de ese núcleo, provocando la falta de techo, alimentación y educación de sus miembros más indefensos.

Ello implica, actualmente, la despreocupación de los progenitores por sus hijos, situación que no solo se origina en el matrimonio, sino que también proviene de las uniones libres o de hecho o de relaciones meramente circunstanciales, uniones conyugales o uniones maritales libres.

En ese entendido el Estado boliviano ha concebido los mecanismos idóneos para la protección y resguardo de los afectados por ese abandono e indefensión. A fin de hacer expedito el trámite se ha concebido el uso de un mecanismo procesal abreviado y básicamente oral que permite definir en poco tiempo los derechos y obligaciones emergentes de la Asistencia Familiar.

El rol de los funcionarios jurisdiccionales competentes, los cuales ya poseen una base fuerte en el aspecto doctrinario y teórico, asume en el nuevo ámbito procesal, una mayor importancia por cuanto su labor exige una verdadera dirección del proceso, surgiendo la necesidad de establecerse con transparencia el papel a cumplir en el trámite correspondiente.

El proceso de reclamación de la asistencia familiar es por lo tanto un proceso de corta duración habiendo sido modificado por el régimen de proceso por audiencia para la fijación de la asistencia familiar, con la Ley. 1760 de 28 de febrero de 1997, y la negligencia en su ejercicio daría lugar a la prescripción en su ejecución posterior y al no haber legislación familiar acerca del tema de la prescripción en la acción de exigibilidad de la asistencia familiar este trabajo llegaría a ser un importante apoyo al Derecho de Familia.

INTRODUCCIÓN

La familia tiene diversas acepciones tanto sociales, culturales, históricas y jurídicas. En este último caso se entiende que es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, diferente según la persona a quien se la refiera este vínculo y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad y a los afines; es la institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos de todo tipo siendo el jurídico el objeto de esta investigación.

El vínculo familiar ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y obligaciones, especialmente referidos al matrimonio, a la relación paterno filial; a las necesidades como a los alimentos y a las sucesiones hereditarias.

Por lo que la asistencia familiar impone el deber de ayudar a quien sufre necesidades, tanto más si es un allegado. Sería repugnante a toda idea moral que el padre padeciera de miseria a la vista del hijo rico; lo mismo ocurriría, pues, la obligación legal impuesta al pariente pudiente de ayudar al necesitado. Esta ayuda se llama asistencia familiar, dentro de este concepto están comprendidos los recursos indispensables para la subsistencia de una persona, teniendo en cuenta no solo sus necesidades orgánicas elementales; sino también, los medios tendientes a permitir una existencia decorosa, siendo la asistencia familiar más humana, más personal, responde a un

conmovero deber de caridad, despierta el sentido de la solidaridad surgida de los lazos de sangre o del matrimonio.

La asistencia familiar tiene un carácter realmente esencial en las relaciones familiares por lo que, en la historia, llego a tener gran trascendencia al pasar de los años y en la actualidad internacionalmente, tal cual se puede evidenciar por la suscripción de diversos tratados que protegen esta obligación.

En la legislación Boliviana es un derecho fundamental protegido por la Constitución Política del Estado y amparándose en su ley especial como es el Código de Familia y la Ley 1760 normas que ponen los lineamientos en los que se basa la regulación de la familia.

Debemos de indicar que los sujetos de la asistencia familiar son el beneficiario y el obligado(a), los mismos que están relacionados por el estado de necesidad de quien la solicita y la posibilidad económica de quien la brinda por el solo hecho de tener vínculos de parentesco acreditados.

La prescripción es una figura jurídica por medio de la cual se extinguen los derechos por el solo hecho de no hacer efectivo el mismo, que aunque en algunas ocasiones da lugar a situaciones injustas, constituye una necesidad de orden social, pues sin ella, primaria la “negligencia” en el ejercicio de los derechos.

Esa es la finalidad que busca la suscrita poder dar a conocer que la negligencia en el actuar, para la exigibilidad de la asistencia familiar debería

de ser normada, para evitar situaciones injustas que afecten a las partes; a los beneficiarios, al no cumplir la asistencia familiar, la función para la cual estaba destinada y para el obligado, ya que se llegaría a crear una onerosidad que muchas veces es imposible de cubrir; y al ser exigida y coercionada llegaría a privar al mismo de su libertad o a afectar su patrimonio por medio del embargo.



CAPÍTULO I

LA ASISTENCIA FAMILIAR

1.1. ANTECEDENTES GENERALES.

En forma breve, y concretizando lo que significa la asistencia familiar.

Cuando se habla de asistencia familiar se está refiriendo a relaciones patrimoniales emergentes de la obligación de dar alimentos. Igualmente, para referirse a esta obligación, el término que más se usa en la doctrina y la legislación comparada es el de alimentos. Sin embargo, nuestro Código de Familia adopta el concepto de asistencia familiar, que en opinión de este trabajo es más completo y que abarca no solamente al sustento propiamente dichos, sino también a la habitación, vestido, atención médica y gastos de educación.

El tema de la asistencia familiar por su importancia ha sido minuciosamente estudiado y sistematizado desde los romanos, conservándose casi inmutable a través de los siglos en la doctrina y la legislación positiva.

La legislación boliviana, considera a la obligación de dar alimentos como uno de los efectos del matrimonio, consignando como beneficiarios a los hijos, los padres y ascendientes que vivan en la indigencia, entenados y entenadas respecto a los padrastros y madrastras y viceversa.

Establece también como requisito para su vigencia, el estado de necesidad de quien pide y la fortuna de quien deba darla, admitiendo la posibilidad de reducción, exoneración o cumplimiento en especie en los casos que el alimentista no los pueda dar o que el alimentario no los necesite.

Se puede definir a la asistencia familiar como una prestación que deben dar determinadas personas económicamente posibilitadas a favor de sus parientes necesitados, para que con dicha prestación estos últimos puedan cubrir su sustento y otras necesidades.

1.2. DEFINICIÓN

La pensión alimenticia tiene su etimología en el latín «pensio» que significa renta, pupilaje, ayuda pecuniaria que se otorga, comida que se da en una casa¹.

Se deberá considerar que el parentesco supone una serie de derechos y obligaciones. Entre estas últimas y, principalmente, las derivadas del matrimonio y de la patria potestad, cuya inobservancia puede dar lugar a sanciones de orden civil y penal. Así, las relativas a la crianza, alimentación y educación de los hijos. En el matrimonio, el abandono voluntario y malicioso constituye causa de Divorcio³.

Los argentinos A. Bossert y Eduardo A. Zanoni definen la asistencia familiar como “el vínculo jurídico determinante del parentesco establece una

¹ Paz Espinoza Feliz C. El matrimonio, Divorcio, Asistencia Familiar, invalidez matrimonial, Procedimientos, Pag. 207

² Manuel Osorio “Diccionario De Ciencias Jurídicas Políticas Y Sociales”, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. P 106.

verdadera relación alimentaria, que se traduce en un vinculo obligacional de origen legal que exige recíprocamente de los parientes una prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado. Esta relación de índole netamente asistencial, trasunta principios de solidaridad familiar ante las contingencias que pueden poner en peligro la subsistencia física de uno de los miembros y que le impida circunstancial o permanentemente procurarse los medios para asegurar su subsistencia”³.

Asimismo consideran algunos como Raúl Jiménez Sanjines⁴ que la asistencia familiar y obligación alimenticia es aquella en cuya virtud una persona se encuentra obligada a proveer de alimentos o socorros a favor de un pariente necesitado de ellos, como por ejemplo la obligación alimenticia del padre a favor de los hijos.

Carlos Morales Guillén menciona la definición del tratadista Bonnacase como "la obligación que se tiene con relación a prestar la asistencia familiar, es por la que una persona se obliga a subvenir, en todo o en parte, a las necesidades de otra”

De igual manera consideran que la asistencia familiar es la obligación impuesta a una persona de suministrar a otra persona, los socorros necesarios para la vida de acuerdo a (Planiol y Ripert)⁵; como su modelo el Código Civil Francés, trata el instituto con relación a los efectos del matrimonio, reduciéndolo a un dominio de aplicación particular, cuando en realidad sus

³ Bosserr, Gustavo A. Zanoni, Eduardo A. “Manual de Derecho de Familia” P.33

⁴ Raúl Jiménez Sanjines “Cuarta Edición De La Teoría Y Practica Del Derecho De Familia. Aumentada Corregida, Actualizada Y Concordado: con el Código Civil, Código Penal, Código del Menor, Código de Procedimiento Civil, Ley de Organización Judicial P 16.

⁵ Planiol y Ripert. Citado por _____ P ____

fundamentos en los que se sienta son de familia y no solo la relación matrimonial, no implica dar generalidad a sus normas.

El fundamento de la asistencia familiar es el derecho a la vida física e intelectual, que todos los seres humanos poseen. La obligación recae, sobre los que han procreado al beneficiario, considerada como un acto por el cual se pone al mundo a una persona sin su consentimiento (Kant según Scaevola), ya sobre quienes se encuentran relacionados con el mismo por lazos de parentesco⁶.

Continuando con la revisión bibliográfica:

Por su naturaleza, la asistencia familiar debe cubrir las necesidades más premiosas e inmediatas de los beneficiarios, tales como la alimentación, vivienda, vestido, atención médica, ello, referido a las necesidades biológicas; educación, recreación, y formación profesional, en el rubro de las necesidades intelectuales y espirituales; aspectos que deben permitir a los beneficiarios gozar de una vida digna y humana conforme a su status social.

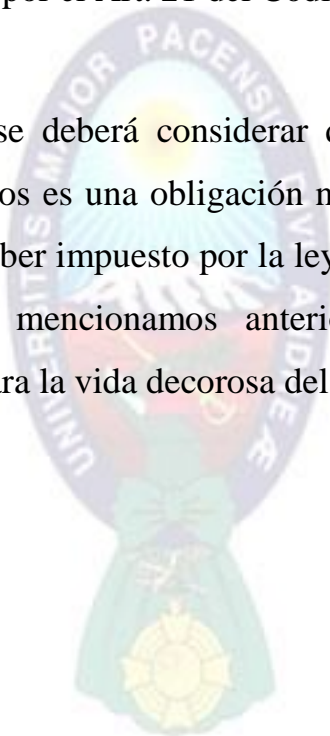
Sin embargo, la legislación boliviana en este aspecto es muy limitativa y sólo considera los items más elementales y excluye por ejemplo, las necesidades de recreación y otras que resultan extraordinarias.

Por lo que la asistencia familiar está definida como la ayuda y auxilio económico o en especie que otorgan los padres a sus hijos menores de edad

⁵ Pasim.

que por alguna razón no viven con ellos, como en el caso del divorcio, la separación judicial o de hecho y otras causas; o de otra manera, que siendo mayores de edad se encuentran incapacitados física o intelectualmente para autosustentarse, como ocurre en el caso de los débiles mentales o discapacitados. También aquella cooperación pecuniaria que brinda el ex-cónyuge que fue culpable de la desvinculación conyugal en favor del otro que resulta inocente y que no tiene medios suficientes para su subsistencia, en las condiciones previstas por el Art. 21 del Código de Familia.

Para finalizar se deberá considerar que la naturaleza jurídica de la prestación de alimentos es una obligación natural inexcusable, ya sea por el parentesco o como deber impuesto por la ley que no solo cumplirá la función de alimentar como mencionamos anteriormente sino que cubrirá las necesidades vitales para la vida decorosa del beneficiario.



CAPITULO II

VISIÓN HISTÓRICA DE LA ASISTENCIA FAMILIAR

2.1. CONCEPTO DE ALIMENTO

Se deberá considerar que el termino alimentos que emplea el Código Francés según los Hermanos Mazeaud, comprende no solamente la comida, sino todo lo que es necesario para que una persona viva, igual punto de vista sostiene la doctrina alemana según Wolff y Kipp.

De igual manera Osorio sustituye la denominación de alimentos, que siempre se usa por fuerza de la costumbre y la tradición, con la de asistencia porque que aquella es demasiado materialista y porque no comprende la mayor parte de los conceptos que incluye la obligación, como la habitación, el vestido, el cuidado medico, la educación y la instrucción, que no tienen propiamente un carácter alimenticio.

Cuando se alude el vocablo alimento, comúnmente podemos entender que se trata de alguna sustancia benévola, asimilable por el organismo humano y que sirve para nutrir y asegurar la subsistencia de la persona.

Para que exista obligación y derecho de alimentos tiene que existir algún tipo de vinculo entre alimentante y alimentista, es decir, una relación jurídica establecida en virtud del matrimonio, parentesco, filiación o adopción.

Concluimos indicando que el termino alimento utilizado por la doctrina y legislación comparada es un termino muy restringido a la función y extensión que tiene la asistencia familiar ya que no solo cubriría la alimentación del beneficiario sino todo lo necesario para subsistir y tener una vida decorosa.

2.2. EL DERECHO ALIMENTARIO EN GRECIA

De acuerdo a la revisión bibliográfica, se obtuvo información, que encuadre conceptualmente, el presente trabajo en diversas fuentes de la formación seleccionada⁷ así.

El dato más antiguo que se tiene registrado en la historia es el que induce a aceptar que posiblemente esta institución fue creada e instituida por los griegos en Atenas, quienes establecieron la obligación del padre de alimentar al hijo, y por reciprocidad de este (el hijo) a aquel empero, desde aquel entonces, se impondrían también las primeras reglas de excepción, tales como:

El deber de los hijos para con sus progenitores se vería quebrantado cuando los padres aconsejaran o estimularan la prostitución de aquellos.

Cuando estos (los hijos) no recibieron de aquel una educación conveniente.

En el supuesto caso de un nacimiento en mujer concubina, solo fue quien tomo los principios surgidos del derecho consuetudinario y los coloco

⁷ Passim.

en el derecho positivo, instituyendo que el padre de familia respetaría su vastazo, en salvaguarda del derecho del futuro ciudadano de un pueblo libre, esa era su esencia.

Si el padre descuidaba la educación de su hijo en la etapa de formación, se le privaba a este del derecho que podría tener a que sus hijos lo atendiesen en su vejez.

Históricamente, en forma retrospectiva y con el fin de hacer análisis, aplicando el método histórico de investigación o sea “ver” pasado para interpretar el presente, como lo hacía Maquiavelo y luego, proyecta el futuro y viendo además, nuestra aproximación cultura latina se tiene:

2.3. DERECHO ALIMENTARIO EN ROMA

La obligación alimentaria se introdujo en el derecho romano primitivo con un alcance sumamente restringido; solo comprendía lo que era estrictamente necesario para vivir. Incluso, parece que en los primeros tiempos se usaba la palabra victus en lugar de alimenta, con lo que se expresaba un concepto rigurosamente limitado a las necesidades vitales. La solución era demasiado sórdida y poco a poco el concepto se fue ampliando con un espíritu más generoso.

Se admitió que también las vestimentas y la cama estaban incluidas en los alimenta; y algunos textos del Corpus Juris autorizan a incluir los gastos de estudio, si bien su significado cabal esta controvertido.

En Roma, este derecho se configuró de modo distinto al griego, era el PATER FAMILIAS quién asumía la jefatura del hogar, y que fue a el, a quien el legislador de la época le concedió poderes casi omnímodos con respecto a su prole.

La JUSTAE NUPTIAE (justa nupcia), imponía la obligación alimentaría entre los cónyuges.

En el DIGESTO, Justiniano, estableció que la obligación de prestar alimentos se encontraba en relación directa a las posibilidades de que las debe y el derecho de pedirlo se determinaba de acuerdo a las necesidades del recurrente.

Por regla general al antiguo Derecho Romano admitía esta modalidad, solo para quienes se encontraban inmersos en el régimen de la Patria Potestad.

Al finalizar el siglo II D.J.C., este derecho se extendió entre los ascendientes, emancipados y a los descendientes de estos, pudiendo en una convención de un testamento, de una relación de parentesco de patronato y tutela.

Para el caso en materia de alimentos del esclavo manumitido, la legislación romana, estableció que el Pater familias estaba en la obligación de asistirlo si aquel se quedase en pobreza.

A fin de ampliar, el estudio analítico descriptivo del presente trabajo, se cita en forma breve, lo que ocurre con relación al tema en Alemania.

2.4. DERECHO ALIMENTARIO EN ALEMANIA.

Siendo el pueblo creador de elementos fundamentales de normas y tradiciones, también conoció y respeto la obligación del derecho alimentario entre familiares, en un acercamiento del derecho de familia.

Reglamenta una que otra situación jurídica en el derecho germano, fue con respecto a la donación de alimentos, situación que es totalmente diferente al derecho alimentario común, ya que este se caracteriza por la existencia de una OBLIGACIÓN de dar, y un DERECHO a pedir, situación que en el caso de la Donación de Alimentos, supone la voluntad de donante o testador.

A partir de la edad media, la influencia institucional, de la religión que fue muy fuerte. Así la asistencia familiar para la religión católica no tenía la misma connotación, que para los protestantes cristianos y peor aún con los Mahometanos o los budistas y otros.

2.5. EN EL DERECHO CANONICO.

Extendió su aplicación, consagrando obligaciones alimentarias extra familiares.

El derecho a pedir alimentos y la obligación de prestarlos, especialmente en el ámbito familiar, han pasado al derecho moderno, con los mismos fundamentos del derecho antiguo, sustituyéndose las invocaciones de orden religioso (natural a ratio, caritas sanguinis, etc.), por razones jurídicas

consagradas en la ley, o admitidas dentro del sistema general de ideas que inspira el ordenamiento legal.

Por lo analizado anteriormente se deberá entender que la asistencia familiar ha sido considerada siempre como una obligación del padre frente a sus hijos en la necesidad de alimentar al mismo por el solo hecho de haberlo procreado o tener una relación de parentesco ya sea por afinidad o de adopción claro que según la época en la que se desarrollaba llegó a tener sus limitaciones.

El análisis sistemático propósito de dar un marco conceptual preciso a la investigación realizada.

Así en el siguiente capítulo se pasará a considerar este aspecto.

La asistencia familiar, como un derecho reconocido de los Derechos Humanos establecidos por Naciones Unidas no podía estar ajeno a diversos protocolos, convenios, tratados con otros países y organizaciones.

CAPITULO III

LA ASISTENCIA FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

3.1. LA ASISTENCIA FAMILIAR EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Las obligaciones alimentarias llegaron a adquirir importancia al extremo de haber trascendido al plano internacional y es así que en este orden, Bolivia ha ratificado el 8 de octubre de 1998 el texto de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias adoptado en Montevideo en año 1989, cuyo depositario es la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.

El texto de la referida Convención, al haber sido ratificado por Bolivia, se incorpora a nuestra legislación positiva.

En la parte introductiva de la referida convención se establece como objetivo central la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias cuando el acreedor de alimentos tiene su domicilio o su residencia habitual en un Estado Parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado Parte, igualmente establece normas de competencia y la cooperación procesal internacional correspondientes.

A grandes rasgos podemos decir que la convención analizada tiene aplicación en los siguientes casos:

1. Las obligaciones alimentarias que favorecen a los menores de 18 años o a los mayores de dicha edad que continúan bajo la patria potestad prorrogada.
2. Las obligaciones derivadas del matrimonio vigente o disuelto. Se da la opción a los estados signatarios restringir los alcances de la Convención solo a las obligaciones alimentarias respecto a menores, pudiendo también ampliarlas a otros acreedores, declarando el grado de parentesco y otros vínculos legales que los respectivos países reconocen.
3. No se reconoce discriminación alguna a los efectos del derecho de recibir alimentos.

Habrá que considerar el Derecho aplicable en la obligación alimentaria, las calidades de deudor y acreedor se regularán por la legislación que resulte más favorable del interés del acreedor, pudiendo elegirse entre el ordenamiento jurídico del domicilio o residencia habitual del acreedor o del deudor.

Son objeto del derecho aplicable:

- Monto de crédito alimentario, plazos y condiciones para hacerlo efectivo.
- Legitimación para ejercitar la acción alimentaria
- Acciones de aumento reducción cesación de alimentos
- Aseguramiento en ejecución de sentencia

Son competentes para conocer reclamaciones alimentarias a opción del acreedor:

- El juez o autoridad del domicilio o de la residencia habitual del acreedor
- El juez o autoridad del domicilio o residencia habitual del deudor
- El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como posesión de bienes, percepción de ingresos o beneficio económico.

Es muy importante esta última determinación que modifica substancialmente los patrones que rige la competencia en los marcos tradicionales del procedimiento civil y la ley de organización judicial.

La cooperación procesal internacional establecida para reconocer la eficacia de sentencias extranjeras dictadas a propósito de obligaciones alimentarias con relación a los Estados Partes, previo cumplimiento de requisitos que se establecen, así como para la adopción de medidas precautorias y provisionales.

Otras convenciones internacionales como la Convención de los Derechos del Niño, otras referidos a la Mujer tratan aspectos referidos a los alimentos en forma mas general, siendo la más completa y específica la Convención analizada precedentemente.

3.2. EN BOLIVIA.

3.2.1. LA ASISTENCIA FAMILIAR EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

Después de varias modificaciones, ampliatorias y complementarias respecto al tema la Constitución Política del Estado reformada por última vez en el año 2004, se ocupa del tema de la asistencia familiar mediante las siguientes disposiciones: estructurales en forma textual

1. Artículo 7 inciso a, inserto en el título de Derechos y Garantías Fundamentales de las Personas, quedando comprendida la asistencia familiar en el derecho a la vida y a la salud a que se refiere el mencionado artículo, inscribiéndose este beneficio como un derecho fundamental.
2. Artículo 8 inciso e), inserto también en el título anterior, estableciendo como un deber fundamental y de manera muy específica, el de asistir, alimentar y educar a los hijos menores de edad, así como a los padres cuando se hallen en situación de enfermedad, miseria o desamparo.
3. Artículo 194, inserto en el título de Regímenes Familiares referido a los deberes y derechos que derivan del vínculo del matrimonio y uniones libres o de hecho. En este contexto, entre los deberes quedan comprendidos la asistencia y auxilios mutuos que se deben brindar los esposos y concubinos, establecidos en forma específica en el Código de Familia, artículos 97 y 169.

4. Artículo 195, inserto en el mismo título de Regímenes Familiares, referido en este caso a los deberes de los hijos respecto a sus progenitores, mismos que se traducen en prestar auxilio a dichos progenitores que se encuentren en estado de necesidad, como se refiere en forma específica el Código de Familia en su artículo 175 inc. 3.
5. Artículo 199 que entra también en el título anterior, estableciendo en forma general la obligación del Estado de proteger la salud física, mental y moral de la infancia, así como la defensa de los derechos del niño al hogar y a la salud. En los hechos y en el caso que nos ocupa, se hace efectiva esta protección a través de las autoridades legalmente constituidas que intervienen en las cuestiones emergentes de la asistencia familiar.

La Constitución Política del Estado en este sentido estaría normando y protegiendo el derecho que tienen los beneficiarios de la asistencia familiar a la alimentación como un derecho fundamental de la persona no solo a la alimentación sino a la vida misma.

3.2.1.1. EXTENSIÓN DE LA ASISTENCIA

Por lo establecido en el artículo 14 del Código de Familia, 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, la asistencia familiar también comprende los gastos de educación y los necesarios para que adquiera una profesión u oficio.

Pero las necesidades del alimentario no se circunscriben únicamente al aspecto vegetativo o de supervivencia. Abarcan también otros requerimientos, es decir, el ser humano no solo tiene necesidades biológicas sino también espirituales. Si solamente tuviéramos que circunscribirnos a las meras necesidades biológicas perderíamos nuestra esencia humana, por lo que el Juez de familia puede apoyarse en el artículo 2 del Código de Familia para proveer estas necesidades en caso de que las mismas sean solicitadas. Téngase presente que el mencionado artículo establece que los jueces de familia, al resolver los asuntos que se pongan a su conocimiento, tendrán en cuenta el estado o condición de las personas como miembros del grupo familiar. Por otro lado, también cabe la posibilidad de que los gastos inherentes a las actividades deportivas y culturales también podrían quedar incluidos en los gastos de educación en su más amplio sentido.

De acuerdo a este análisis descriptivo y siguiendo con el artículo 14, se tiene que la cuestión referida a los gastos extraordinarios no está contemplada en disposición alguna del Código de la materia. Entendemos como gastos extraordinarios aquellos que no son cotidianos y que por la magnitud de la erogación económica que implican no pueden incluirse en la asignación mensual.

El anteproyecto del actual Código de Familia hace una enumeración de los mismos en **númerus apertus**, considerándose como tales gastos a las intervenciones quirúrgicas, la rehabilitación, los tratamientos médico-dentales, la compra de lentes, placas de ortodoncia y otros tratamientos especializados, cuyo importe que será cubierto por los progenitores en un 50%, fuera de la asistencia familiar ordinaria.

Es acertada la reforma en nuestro Código a este respecto, sin embargo, observamos que según lo establecido por el anteproyecto, estos gastos extraordinarios se circunscriben a las prestaciones que harían los progenitores. O sea que la erogación por estos gastos sólo se hace cuando se trata de hijos, quedando como interrogante la situación en que estarían los cónyuges, padres y ascendientes que también podrían tener estos gastos y no tienen recursos para cubrirlos.

También es pertinente considerar si los gastos extraordinarios solamente deben circunscribirse a los gastos médicos o también podrían abarcar otro tipo de situaciones. Por ejemplo, el hijo de padres divorciados que tiene la posibilidad de estudiar en el exterior con una beca, cuya materialización demanda una serie de gastos emergentes, como ser pasaporte, visas y otros que pudieran exceder al monto de la asistencia familiar fijada.

Sin embargo, el problema actual radica en que dichos gastos extraordinarios no se encuentran establecidos en el Código de Familia y su prestación es demandada con bastante frecuencia en los juzgados de familia, siendo los más concurrentes aquellos que tienen que ver con el tema de la salud.

Tomando todos estos antecedentes el juez debe pronunciarse positivamente, autorizando la cancelación en un 50% de tales gastos a las personas obligadas. En esta situación nuevamente tenemos que apoyarnos en el citado artículo 2 del Código de Familia y también en el artículo 4, que establece como imperativo del Estado mediante las autoridades legalmente

constituidas, el conceder seguridad y asistencia a la familia o uno de sus miembros en esferas determinadas.

En caso de ser necesario extender un apremio, debe hacerlo apoyándonos en este orden de cosas en el artículo 14, justificando nuestra medida en sentido que los gastos de salud así sean extraordinarios entran en la extensión de la asistencia familiar, mereciendo cada caso la respectiva consideración particular.

Por lo que el Juez fijara las pensiones de asistencia familiar en un monto porcentual en relación a los ingresos del obligado, o bien, en una cantidad fija, o en prestaciones materiales, concretas equivalentes a dicho monto.

3.2.1.2. LIMITES TEMPORALES EN LOS QUE SE PRESTA LA ASISTENCIA FAMILIAR

En este acápite, conviene remarcar que la obligación de otorgar asistencia familiar al hijo va más allá de la mayoría como lo prescribe el inc. 3ro.) del Art. 258, concordante con el 264 del Código de Familia, cuando refieren que entre los deberes y derechos de los padres están: «El de mantener y educar al hijo dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes.

El derecho reconoce grandes prioridades a la minoridad y la familia, su protección está a cargo de las instituciones públicas y privadas

Fijada que ha sido la asistencia familiar, el obligado queda reatado a ella hasta la fecha límite establecida en el convenio, el legado o hasta la aparición de una causal de cesación prevista en los arts. 26 y 27 del Código de Familia. El cumplimiento de la obligación es en forma de pensión o asignación, de modo subsidiario y por mensualidades vencidas. En la primera es común se cubra con una suma de dinero, aunque el juez, a pedido de parte y existiendo motivos que justifiquen, puede autorizar el pago en especie, sea el total o una parte, siendo lo último lo más aconsejable, pues siempre habrá necesidades que requieran cubrirse con dinero en efectivo. Puede igualmente autorizar al obligado a que reciba en su casa al beneficiario, posibilidad que el juez debe efectivizar como última solución. En cuanto al momento del pago, nuestro código, con el fundamento que los salarios se pagan por mes trabajado, prevé sea por mensualidades vencidas, siendo una excepción a la doctrina que postula sea por mensualidades anticipadas. Ejemplo, el art. 148, inc. 2) del Código Civil Español dice: “El pago de la pensión se verificará por meses anticipados y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que este haya recibido anticipadamente”. La forma y el momento del pago pueden ser modificados por voluntad de las partes cuando la asistencia familiar es fijada por convenio o por legado, mucho más si no perjudica al alimentando.

De esta forma se considera.

3.2.1.3. SUJETOS OBLIGADOS A LA ASISTENCIA FAMILIAR

El Código de Familia en su Art. 15 señala expresamente las personas que se hallan obligadas a prestar la asistencia familiar, estableciendo un

orden correlativo y sustitutivo, teniendo como presupuesto la existencia del vínculo jurídico familiar entre el alimentario o beneficiario y la persona obligada a prestarla, cuyo orden es el siguiente:

1. El cónyuge o conviviente
2. Los padres o los ascendientes
3. Los hijos o los descendientes
4. Los hermanos
5. Los yernos y las nueras
6. El suegro y la suegra

Entre los casos más comunes de dar y recibir la asistencia familiar sucede entre las personas enumeradas en los incisos 1), 2), 3) y 4); respecto a los demás sujetos enunciados en los incisos 5) y 6) cuyo fundamento se basa en la existencia del parentesco por afinidad, no es de práctica usual en nuestro medio de ahí que, las situaciones resultan poco probables para su establecimiento.

Están obligadas a prestar a quienes corresponda, en el orden siguiente: el cónyuge, los padres y en su defecto, los ascendientes mas próximos a estos; Los hijos y en su defecto, los descendientes mas próximos a estos; los hermanos, con preferencia los de doble vinculo sobre los unilaterales y entre estos los maternos sobre los paternos; Los cónyuges y las nueras y por último el suegro y la suegra, quedan reservados los deberes que se establecen entre esposos y entre padres e hijos por efecto del matrimonio y de la autoridad de los padres.

- 1. Los padres.-** Tanto hombre como mujer son obligados a las pensiones alimenticias a favor de los hijos menores, en caso de impedimento de una de las partes el otro esta obligado y si no hay padres están impedidos los descendientes o ascendientes mas próximos.
- 2. Entre Cónyuges o Concubinos.-** En caso de incapacidad de uno de los cónyuges el otro esta obligado con el impedido.
En caso de concubino (a) es algo difícil cuando la relación no esta registrada y en caso de separación en el campo jurídico es mucho más difícil (Art. 143 y 160 C.F.)
- 3. Hijos mayores de edad.-** Se presta asistencia hasta los 18 años mayoría de edad, excepto cuando el hijo mayor este estudiando y demuestre. También se consigna el deber de los hijos mayores de edad de alimentar y mantener a sus padres cuando estos así lo requieran por estar en la indigencia o situación difícil por su estado de ancianidad.
- 4. Entre Consanguíneos.-** Habiendo dejado de existir el padre y la madre, corresponde a los abuelos suministrar la pensión alimenticia a los nietos menores de edad, en razón de la línea directa de parentesco, se establece un orden de preferencia por los abuelos paternos, luego están obligados los abuelos maternos en línea directa Art. 15 C.F.
- 5. Entre hermanos.-** Los abuelos y los hermanos se encuentran en 2do. Grado de consaguinidad, entonces el hermano mayor de edad esta obligado a suministrar la pensión alimenticia al hermano menor de edad (esta en línea colateral).

6. Entre Afines.- Solo comprende el 1er. grado de afinidad, entre entenados y padrastrros, yernos(as) y suegros (as). Ambos se hallan en el mismo grado 1ro. de afinidad, teniendo entre ellos el beneficio de carácter de reciprocidad Art. 18 C.F. en la asistencia en caso de adopción tiene efecto de conformidad al parentesco Art. 16 y 17 C.F. y cuando existe concurrencia de obligados se divide el pago en proporción a sus recursos económicos.

3.2.1.4. BENEFICIARIOS DE LA ASISTENCIA

Al igual que los sujetos nombrados en el punto anterior los beneficiarios del derecho son esencialmente los hijos en esto de minoridad sin distinción del hogar de origen de donde provienen, los hijos que siendo mayores de edad que presentan incapacidad psicobiológica (discapacitados) que se hallen en la imposibilidad de satisfacer por sí mismo sus necesidades vitales por su propio esfuerzo; los padres que por su avanzada edad u otro motivo de incapacidad sobrevinientes no se hallen en condiciones de auto sustentarse requieren de la ayuda y el auxilio de los hijos, quienes habiendo alcanzado la mayoría, se supone que cuentan con mejor aptitud física e intelectual para realizar actividades laborales, en fundamento de que la asistencia familiar es recíproca porque quien tiene derecho a pedirla, puede ser igualmente obligado a darla, ese razonamiento simple hace ver que en este caso prima el principio de solidaridad y reciprocidad que resulta ser natural, porque cuando los hijos eran menores fueron los progenitores los que cuidaron y sustentaron hasta su mayoría y su profesionalización; entonces, es razonable que los hijos esta vez retribuyan los cuidados y los sacrificios recibidos. Por último, también incluimos a los cónyuges, quienes tienen derecho a la asistencia familiar por el efecto que genera la relación jurídica

matrimonial a la que se hallan reatados o la simple relación conyugal de hecho, imperando también en estos casos el principio de la solidaridad, reciprocidad en el auxilio y el socorro que se deben, bajo el mismo concepto de que quien tiene derecho a pedirla, tiene también la obligación para darla y, por que los esposos durante la vida conyugal se han brindado mutuamente los afectos, las atenciones personales y cuidados, habiéndose entregado el uno al otro sin condiciones ni términos, teniendo como único fundamento el intenso amor que se profesaron.

En síntesis diremos que los sujetos de la asistencia familiar son los obligados y los beneficiarios.

3.2.1.5. ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR

El origen de la obligación de la asistencia familiar se da generalmente de la manera que a continuación desarrollaremos:

3.2.1.6. OBLIGACIÓN DERIVADA DEL MATRIMONIO, LA UNIÓN LIBRE Y EL PARENTESCO

La obligación de la asistencia familiar se genera naturalmente a partir de los vínculos que nacen del matrimonio, la unión libre o de hecho y del parentesco. Por los vínculos afectivos el cónyuge presta auxilio al otro, el padre sustenta el hijo, el hijo sustenta al padre, y los hermanos también se prestan auxilio sin necesidad de tomar la referencia en un marco legal.

Cuando la obligación es resistida por el cónyuge o pariente por cualquier circunstancia, existe la opción de buscar la referencia normativa y coercitiva en la misma ley, concretamente en la ley familiar que establece un orden decreciente de personas obligadas a prestar la asistencia familiar, comenzando por el cónyuge, siguiendo los padres o en su defecto los ascendientes, los hijos o en su defecto los descendientes, los hermanos, con preferencia los de doble vínculo, los yernos y las nueras, los suegros y las suegras.

Con relación a los esposos, el artículo 97 del Código de Familia establece específicamente que estos se deben fidelidad, asistencia y auxilios mutuos. Es pertinente aclarar a este punto que la doctrina reconoce en la asistencia la atención y cuidado del cónyuge en desgracia. En cambio, el auxilio tiene que ver con los alimentos o asistencia familiar.

Los concubinos también se deben fidelidad, asistencia y auxilio mutuo conforme lo determina el artículo 161 del Código de Familia y en este sentido pueden ser deudores y acreedores de la asistencia familiar.

Siguiendo el orden tenemos como obligados a los padres o en su defecto los ascendientes más próximos de éstos. También de manera específica el artículo 258 del Código de Familia, en el capítulo referido al ejercicio, contenido y extensión de la autoridad de los padres, establece como un deber de éstos el mantener y educar al hijo, dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes.

Obligados también son los hijos y en su defecto los descendientes más próximos de éstos. Sobre este particular, el artículo 174 establece como deberes de los hijos el prestar asistencia a sus padres y los ascendientes que la necesiten.

La obligación de los demás parientes queda con la referencia establecida en el artículo 15 del Código de Familia.

En el caso de divorcio, el cónyuge que resulte culpable, está obligado a prestar asistencia familiar al otro que no tuvo la culpa de la ruptura y que se encuentra en estado de necesidad. Inclusive, aún el cónyuge que asume culpabilidad compartida con el otro en el caso del divorcio declarado por la causal contenida en el artículo 131 del Código de Familia, puede obtener que se le fije este beneficio cuando se encuentre en estado de necesidad, vale decir, que no cuenta con condiciones ni medios para proveerse por si mismo la asistencia familiar.

En el caso de la ruptura de las parejas vinculadas en unión libre o de hecho, el conviviente que no tiene culpa grave en la ruptura y estando necesitado puede obtener la fijación a su favor de una asignación familiar.

3.2.1.7. ASISTENCIA FAMILIAR FIJADA EN CONTRATO

En algunas oportunidades la asistencia familiar es fijada por los cónyuges, convivientes o parejas que procrearon hijos extramatrimoniales, a través de acuerdos expresados en contratos que reciben diversas denominaciones, como ser, documentos transaccionales, de fijación de

asistencia familiar; desvinculatorios, capitulaciones matrimoniales, de separación cuando abarcan otras decisiones.

En cuanto a los acuerdos que solo establecen la asistencia familiar pueden ser cumplidos sin necesidad de llegar a los estrados judiciales. Sin embargo, en la generalidad de los casos estos acuerdos no son cumplidos y la parte interesada acude al órgano jurisdiccional para hacerlos exigibles, sea ante el Juez de Instrucción de Familia si persigue solamente la asistencia familiar, o ante el Juez de Partido de Familia si pretende el divorcio o la separación de esposos.

En cualquiera de los casos el juez debe pronunciarse homologando lo acordado, cuidando que lo pactado respete los enunciados del Código de Familia en cuanto a los caracteres de la asistencia familiar que favorece a los menores e incapaces.

El Código de Familia no se refiere en artículo alguno sobre la potestad del juez familiar para homologar tales acuerdos, como lo hace por ejemplo con el tema de la guarda de los hijos en el artículo 145 del Código de Familia. Ante tal situación y para no incurrir en denegación de justicia cuando se plantea homologación, nuevamente encontramos la base legal en el Código Civil en sus artículos 451, 454 y 519. Estos dan las pautas generales aplicables a todos los contratos, que reconocen la libertad contractual de cualquier persona, subordinada a los límites establecidos por ley, en nuestro caso a lo que dispone la ley familiar.

3.2.1.8. ASISTENCIA FAMILIAR FIJADA EN TESTAMENTO

No se puede descartar la posibilidad de la asistencia familiar fijada en testamento, con estas aclaraciones:

Tómese en cuenta que tanto los hijos, el cónyuge, el conviviente y los ascendientes, son herederos forzosos del **de cujus**, compartiendo cuatro quintas partes y/o dos terceras partes de la herencia, según los casos. Quedan para la libre disposición del **de cujus** un quinto o un tercio del caudal relicto.

Sobre lo dicho, es poco probable que la porción disponible del **de cujus** se destine para la asistencia familiar de los herederos forzosos, más aún si éstos pueden acrecer en sus cuotas si el causante no hizo liberalidad alguna.

3.2.1.9. REQUISITOS PARA LA ASISTENCIA FAMILIAR

Podemos establecer que los requisitos de la asistencia familiar son los siguientes:

Como requisitos para la prestación de la asistencia familiar se debiera de considerar a el estado de necesidad en el que se encuentra el beneficiado, el segundo requisito para esa procedencia es que el obligado tenga bienes suficientes para satisfacer la obligación, esto es, que este en la posibilidad económica de hacerlo (Messineo)

La medida de la prestación se determina teniendo en cuenta la necesidad de quien ha de recibirla y la condición económica de quien ha de suministrarla, habida cuenta la posición social de ambas partes. Así, cuando

el obligado tenga recursos económicos suficientes solo para invertirlo íntegramente en el sostenimiento de su propia familia, es indudable que no puede ser constreñido a la prestación (Valencia Zaa). Otro requisito fundamental que debe considerarse es la relación de parentesco que debe existir entre ambos, o de supuesto de donde emana la obligación: acta de matrimonio, certificado de nacimiento, constancia de la adopción y otros.

En consecuencia el Art. 20 del Código de Familia determina que: ...“la asistencia sólo puede ser pedida por quien se halla en situación de necesidad y no está en posibilidades de procurarse los medios propios de subsistencia”.

Por lo que la asistencia familiar está sujeta a una serie de condiciones y presupuestos para su viabilidad, así lo señala con precisión el precepto transcrito anteriormente, el cual nosotros lo analizaremos con detalle:

- El derecho de la asistencia familiar se funda principalmente en el estado de necesidad, por tal razón es necesario que el alimentario, peticionante o beneficiario se encuentre en situación de necesidad, por no contar con los medios económicos necesarios para la subsistencia dada su condición de minoridad, incapacidad física o mental, o de senilidad que le impidan realizar actividades productivas para procurarse los propios medios de subsistencia.
- Que el obligado se encuentre en condiciones materiales y económicas de suministrar las pensiones alimenticias, aparte de las otras cargas u obligaciones familiares a que pudiera estar comprendido.

- Que entre el beneficiario y el obligado exista el vínculo jurídico – familiar del parentesco en la línea recta de descendencia, ascendencia o colateral (padre, hijo, abuelo, hermano), o de otra manera haya relación familiar por afinidad (suegros, yerno, nuera).

3.2.1.10. CARACTERÍSTICAS DE LA ASISTENCIA FAMILIAR

La obligación de prestar la asistencia tiene caracteres especiales, que la determinan de las obligaciones civiles (Valencia Zaa), en primer lugar se trata de una obligación personalísima respecto del acreedor, lo que llega a ser su característica distintiva, solo el beneficiario puede demandarla, de ahí que es intransferible el derecho de alimentos es de orden publico lo que determina su irrenunciabilidad y su inembargabilidad. La inalienabilidad del derecho de alimentos entraña como consecuencia, la imposibilidad de renunciarlo, porque ello importaría cederle al obligado incurriendo en la nulidad prevista en la ley. Esta irrenunciabilidad alcanza a las cautelas o garantías que aseguran el derecho alimentario.

Nuestro Código de Familia en su artículo 24 asigna los siguientes caracteres a la asistencia familiar:

1. Irrenunciable

Al poseer la asistencia familiar un imperativo de carácter vital, es decir, que satisface necesidades que inciden en la supervivencia del ser humano, dicho beneficio es irrenunciable para los menores e incapaces.

Bien puede darse la situación de que el progenitor que esté a cargo de los hijos pueda prescindir de la asistencia familiar que pudiera dar el otro a los hijos, por los motivos que fueran. Planteada esta prescindencia en forma directa ante el Juez de Familia, bajo ningún concepto se podrá convalidar tal situación, así medie inclusive acuerdo de partes en este sentido. Los jueces deben ser muy escrupulosos y cuidadosos al momento de homologar algún documento transaccional que podría establecer una eventual renuncia de la asistencia familiar de menores.

De igual manera es irrenunciable la asistencia familiar de los incapaces, y en esta situación, fuera de los menores de edad que fueron expresamente mencionados, estarán los interdictos, conforme establece la ley.

2. Intransferible

La asistencia familiar no puede trasladarse a ningún otro pariente, por ser un derecho personalísimo, es una potestad o atribución meramente individual. Existe, sin embargo, la excepción en el artículo 25 del Código de Familia, cuando se autoriza la traslación de este beneficio a los establecimientos públicos o privados que suministran asistencia al beneficiario. En estos casos podríamos hablar de internados, centros asistenciales, asilos y otros.

3. Incompensable

Si tenemos en cuenta que la compensación es una forma de extinción de las obligaciones cuando dos personas son recíprocamente acreedoras y deudoras, en el caso de la asistencia familiar jamás se puede dar la extinción

de esta obligación al convertirse el obligado por cualquier circunstancia en acreedor del beneficiario.

4. Inembargable

El embargo es una medida judicial a través de la cual determinados bienes quedan inmovilizados para responder a determinadas prestaciones a favor del acreedor para garantizar el cumplimiento de una sentencia judicial. Remarquemos entonces que la asistencia familiar queda excluida de cualquier posibilidad de embargo, precisamente por el carácter vital que reviste la misma, vale decir, es un beneficio libre y seguro que tampoco puede ser objeto de retención.

5. Reciprocidad

Esta característica está establecida en el art. 15 del Código de Familia. En este contexto, el obligado a dar alimentos tiene derecho a recibirlos en su momento. El padre que da la asistencia familiar a los hijos, en su momento también recibirá la asistencia familiar de éstos. El cónyuge que la da también podrá recibirla según las circunstancias.

6. Proporcionalidad

El artículo 21 del Código de Familia determina que la fijación de la asistencia familiar se basa en las posibilidades de las que deba darla y las necesidades de las que la recibe. No es fácil llegar a un equilibrio armónico y correcto, así como tampoco es posible pesar en una balanza las necesidades de los beneficiarios y las posibilidades del obligado.

Es mucho más complejo cuando se fija una pensión en forma provisional en la demanda de divorcio, separación de los esposos o ruptura unilateral. Por lo que es conveniente que los Jueces de Partido fijen la pensión en audiencia conforme a la previsión del artículo 389 del Código de Familia.

Sin embargo, personalmente considero que las necesidades de los beneficiarios en sus patrones básicos no necesitan ser probadas. Debe sobreentenderse que un beneficiario tiene que comer, vestirse, educarse, curarse, guarecerse bajo un techo. Tales hechos son evidentes según la doctrina de la prueba, siendo inadmisibles las resoluciones que determinan que las necesidades de los beneficiarios no fueron probadas. En todo caso, la prueba apunta a que la pensión sea fijada en menor o mayor cuantía de la comparación resultante de las necesidades de los alimentarios y posibilidades del alimentante.

7. Oscilación

El Código de Familia prevé la reducción o aumento de la asistencia familiar en el artículo 28, según la disminución o incremento que se opere en las necesidades del beneficiario o los recursos del obligado. Por ello es que se afirma que las cuestiones referidas a la asistencia familiar no causan estado y pueden modificarse de acuerdo a circunstancias sobrevivientes. Estas deben ser comprobadas en trámite incidental en los Juzgados de Partido, y en proceso por audiencia en los Juzgados de Instrucción.

De lo analizado debemos de establecer que el Código de Familia, considera a la asistencia familiar a favor de los menores e incapaces con un

carácter irrenunciable, intransferible e incompensable en cambio la asistencia familiar para otros parientes mayores de edad y con capacidad de obrar, puede ser renunciada, transferida y también ser objeto de compensación. Los otros caracteres de inembargabilidad, reciprocidad, proporcionalidad y oscilación son comunes para la asistencia familiar de menores e incapacitados, así como para los cónyuges y algunos parientes mayores de edad insolventes con capacidad.

Asimismo la imprescriptibilidad de la asistencia familiar como otra característica, no figura en nuestro Código de Familia, aunque la doctrina y jurisprudencia asigna tal característica al beneficio indicado.



CAPÍTULO IV

DE LOS PROCEDIMIENTOS FAMILIARES

4.1. ANTECEDENTES.

De acuerdo a el Código de Familia este tiene como ámbito de regulación familiar limitado a la organización jurídica de la familia y a las relaciones de derecho que le son inherentes y no prejuzga sobre los deberes religiosos o morales de sus componentes.

Por lo que el procedimiento familiar para la exigibilidad de la asistencia familiar se da mediante dos procesos; 1) con el proceso de divorcio en el que no solamente se llegaría a fijar la asistencia familiar sino que el fin que buscaría es la desvinculación y 2) el proceso para la fijación de asistencia familiar el mismo que será presentado ante los Juzgados de Instrucción de Familia acreditando el título en cuya virtud es solicitada.

Se deberá analizar también la jurisdicción y la competencia por lo que diremos que según E. Reus la jurisdicción es como la potestad de administrar justicia, o bien el derecho y la obligación de aplicar la ley. El concepto de jurisdicción viene a ser la potestad y el deber delegado por el Estado, en virtud de su soberanía, al órgano judicial para administrar justicia, esclarecer un hecho punible y sancionarlo, o un derecho controvertido y definido conforme a ley en su sentencia y aun mandar su cumplimiento, que es lo que se determina IMPERIUM.

Y la competencia deriva del verbo latino competere, competere, competir, exigir, pretender o pedir. La competencia es la medida de la

jurisdicción o sea la facultad atribuida a los jueces para conocer de asuntos determinados,

4.2. EN EL MUNDO

La familia constituye el núcleo básico de la sociedad, por cuanto en ella el hombre recibe el mayor aliento para la formación y desarrollo de su personalidad. En los últimos tiempos, y con anterioridad al movimiento de renovación social que caracteriza la vida de relación en el periodo subsiguiente a la primera guerra mundial, la familia debió soportar los embates del individualismo extremo, obstinado en ignorarla, al mostrarse indiferente a todos los problemas que le creaban factores múltiples, emergentes de la industrialización creciente; contribuyendo con ello a su debilitamiento y disolución⁸. Sin embargo, la jerarquía de la organización jurídico-social, su pleno reconocimiento. Se opera en los textos de las primeras Constituciones, que recogen el movimiento de renovación social. Oponen al Individualismo el nuevo Derecho, que distingue con toda nitidez al individuo social del individuo político, denotando, como afirma un autor⁹, que en el “siglo XX, el sentido social del Derecho no es sólo una doctrina, no es sólo una escuela jurídica, sino la vida misma”. Las Constituciones más avanzadas, como la de México de 1917, en su artículo 27, párrafo f), en lo referente al aspecto económico; la de Alemania de 1919, denominada de Weimar, al procurar la sanidad y mejoramiento social de la familia, en su artículo 119, y las posteriores, como núcleo primario y fundamental”, y con feliz expresión, esta última, en su artículo 37, párrafo II, la hace “objeto de preferente protección por parte del Estado, el que ratifica sus derechos en lo

⁸ Planiol, M., Ripert, J... Tratado práctico de Derecho Civil Francés, t. 2, p f. 10. 6 sobre el delito que nos ocupa, t. 2, nos. 47, pag 39; 475.

⁹ Mirkine-guetzevitch, B., Las nuevas Constituciones del mundo, p 37.

que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines”. Intervención estatal. –Es que la intervención estatal se había hecho tanta más necesaria cuanto mayor era la pérdida de cohesión del grupo familiar, y mereció la aprobación de todos por inspirarse en una idea de protección de los miembros más débiles de la sociedad. Pero la familia no sólo se desintegraba por obra del individualismo que campeaba en la creciente industrialización y el maquinismo capitalista, sino que factores internos perturbadores, incidían sobre a médula de su unidad, incitando a los miembros de la familia al abandono material y moral de la misma. La desocupación y la miseria por un lado; la prostitución de la mujer en el tránsito de la niñez a la adolescencia, junto a la corrupción de menores y el aumento de la criminalidad juvenil, por otro, terminaba dislocando totalmente este núcleo primario y fundamental para la organización de la sociedad. El Estado ha debido protegerla en todos sus aspectos, y el económico debía ser, por supuesto, en tanto que soporte o substrato material de la unidad moral y espiritual objeto de preferente atención, puesto que incide directamente sobre la satisfacción de necesidades inexcusables de todos sus miembros. Es en tal sentido que la acción del Estado, advertido de la posible desintegración de la familia, se acentúan frente a los modos de conducta que implican la abdicación de los deberes de asistencia a la misma, y llega así, con independencia de todas las acciones y sanciones civiles, a establecer sanciones penales, tipificando un modo de conducta ilícita dolosa y constituyendo con ella el delito que lleva, en Derechos penal, la denominación de “incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”.

Se atribuye a Inglaterra la paternidad del primer intento en la materia, según el Acta de sanción por desordenes de personas abandonadas y

vagabundos, 5 George IV, C. 82-1824, y a Francia haber iniciado la historia del delito en la legislación continental. Lo cierto es que el delito ha sido incorporado a la mayoría de los países de legislación más adelantada, aun cuando con diferencias de contenido. En efecto, no todas las legislaciones se circunscriben al aspecto económico en cuanto se refiere al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, ya que algunas, como la de Italia, que tomaremos por ejemplo, involucra en la expresión otras obligaciones y deberes carentes de contenido económico, y llegan hasta sancionar, en Derecho penal, el incumplimiento del débito conyugal, el abandono del hogar y otros. Pero, con referencia sólo al aspecto económico, o extendiendo el delito al incumplimiento de otras obligaciones y deberes, son numerosísimos los países que han legislado sobre el particular.

4.3. EN LATINOAMÉRICA

La legislación que ampara y protege la asistencia familiar en países hispano parlantes son: La Ley de Reforma Urgente del procedimiento Civil español 354/34, que instrumentó la audiencia preliminar con carácter obligatorio aunque para asuntos de menor cuantía, la reforma del Código Procesal del Distrito Federal de México de 1845, el Código General del Proceso de Uruguay de 1988, el Código Procesal Civil modelo para Ibero América de 1988, el Código Judicial de Panamá y la regla 37 de las Reglas del Procedimiento Civil para el tribunal General de Justicia de Puerto Rico, denominada “De la Conferencia preliminar al Juicio”.

En el nuevo Código Uruguayo y el proyecto del Código Modelo encontramos el Principio de Procesos por audiencias que da equilibrio al sistema escrito y al oral posibilitando de esta manera la realización práctica

de los principios de inmediación y concentración y logrando por medio de los mismos la aceleración de los procesos. El proceso por audiencias o si se prefiere, la inserción de la oralidad en el proceso, facilita la inmediación del Juez tanto con las partes como con las pruebas, así como de las partes entre sí.

4.4. EN BOLIVIA.

No obstante es preciso que se aclare que la Sección I del proceso por audiencia para fijación de asistencia familiar, Ley No. 1760 de Bolivia que toma de modelo el proceso Uruguayo otorga mayor importancia a la audiencia preliminar incorporando muy escuetamente las actividades procesales a realizarse en la audiencia complementaria, por lo que sostenemos que las autoridades jurisdiccionales a la hora de desarrollar la audiencia preparatoria, así como a la hora de desarrollar las audiencias preparatoria y complementaria, así como las reglas que deben regir en estas, deberán remitirse a las disposiciones legales de la legislación comparada, vale decir el proceso Uruguayo, por cuanto la citada ley constituye una de las pocas normas vigentes en el País con visos del remozado proceso oral, de igual manera deberán considerar las disposiciones nacionales análogas existentes en materias tales como los procesos agrarios, y los procesos de la niñez y adolescencia.

El sistema procesal para la fijación de la asistencia familiar en la vía sumaria previsto en el Código de Familia en los Arts. 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435 y 437, Sección I del Capítulo VI, Título II del Libro cuarto, fue derogado por el Art. 43 de la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar promulgada en fecha 28 de febrero de 1997, y en su

lugar se instituye el proceso por audiencia, introduciendo en su aplicación el régimen de la oralidad, estableciendo la competencia del Juez de Instrucción de Familia para su conocimiento y sustanciación.

Al tomar en cuenta la acción de reclamación de la asistencia familiar respecto del momento desde el cual existe y se hace exigible la obligación alimentaria, responde al principio del derecho romano *in practeritum non vivitur*, por virtud del cual no puede exigir el pago de pensiones devengadas. Estas están corriendo desde la notificación con la demanda.

El Código Penal refuerza con sanciones penales la obligación de cumplir con las prestaciones de alimentos la sanción se da con reclusión de seis meses a dos años a quien sin justa causa no cumple las obligaciones de sustento, vestido, educación y asistencia a que esta reatado por disposición de la ley, igual sanción corresponde a los padres, tutores y curadores, inhabilitados para ejercer la patria potestad o la tutoría o curatela, cuando dejan de proveer sin justa causa a la instrucción primaria de un menor en edad escolar.

El Art. 366 del Código de Familia establece que la jurisdicción familiar es la única competente para conocer y decidir los asuntos de la familia y es ejercida por los Jueces de Instrucción Familia, Jueces de Partido de Familia, Las Cortes Superiores de Distrito y la Corte Suprema de Justicia.

Al mismo tiempo el Art. 383 del Código de Familia indica que se deberá aplicar el Código de Procedimiento Civil a los asuntos familiares en

todo lo que no se oponga a las reglas particulares que rigen los procesos ordinarios y sumarios así como los procedimientos voluntarios y especiales, establecidos por el presente código.

En los procedimientos familiares se reconocen todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el Código de procedimiento Civil salvo disposición diversa del presente Código.



CAPÍTULO V

MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES

(AUDIENCIA PRELIMINAR)

En relación, a las medidas cautelares y provisionales que se determinan con relación a la asistencia familiar debemos de entender que el Juez fija provisionalmente una suma de dinero la misma que puede ser objeto a modificación u homologación en sentencia de acuerdo a los hechos probados que demuestren la capacidad económica del obligado y las necesidades del beneficiario.

5.1. INTRODUCCIÓN

La audiencia preliminar en el proceso de asistencia familiar y la de medidas provisionales en el divorcio son los actos procesales en el que las personas que se encuentran en controversia, aleguen o fundamenten sus pretensiones y solicitudes por medio de pruebas que sean legalmente admitidas por la autoridad competente, que ya son parte del proceso judicial.

La audiencia preliminar en el proceso de asistencia familiar tendría como fin, el de poder fijar una suma de dinero, como pensión a un beneficiario con relación al obligado al haberse demostrado la relación de parentesco en la que se encuentran uno del otro, el estado de necesidad del beneficiario y la capacidad económica en la que se encuentra el obligado como dice el texto citado.

El Juez deberá recibir todas las pruebas que considerare necesarias para poder tener certeza de las pretensiones de la demanda y la reconvenición y a la vez intentar una conciliación entre ambas partes para dar fin al proceso.

En cambio la audiencia de medidas provisionales –diferente a la audiencia preliminar– en el proceso de divorcio se encargara de determinar no solo la asistencia familiar a favor de los hijos o del cónyuge, sino también la tenencia de los hijos, de igual manera deberán presentar pruebas que determinen la capacidad económica del obligado para que el Juez valore las mismas a momento de dictar la Resolución de Medidas Provisionales el mismo que será homologado en sentencia.

5.2. SUS PROCEDIMIENTOS

En forma deductiva se tiene:

5.2.1. EN EL MUNDO.

Se considera que la expansión de la audiencia preliminar constituye el fenómeno procesal más importante del siglo XX.

Citando a María Angélica Etcheverry de Quintanari en el artículo Audiencia Preliminar y Cambio de Mentalidad, diremos que “Encontramos rastros de este instituto en el Derecho Germánico de la edad media donde después de las alegaciones se emitía una sentencia llamada probatoria en la que se determinaba: que se debía probar (las cuestiones), quien debía probar (la carga), y en que tiempo debía hacerlo (el plazo).

El Reglamento legislativo y judicial para los asuntos civiles dado el 10 de noviembre de 1834 por el Papa Gregorio XVI en el párrafo 551 dispone: "...toda controversia relativa a la claridad e índole en el juicio introductorio, a la cualidad que es dado atribuir a la parte en el acto de citación, la legitimación de la persona, serán propuestas y decididas en la primera audiencia".

El Código Procesal Civil Austriaco crea la audiencia preliminar, en la que el Juez podía terminar los procesos en los que no había controversia y resolver las cuestiones procesales que no concernían al mérito. Hasta 1983 era una audiencia fija y necesaria pero la reforma permite al Juez que de traslado de la demanda sin fijar la audiencia preliminar.

En Alemania se recogió la llamada experiencia de Stuttgart (la práctica de esta institución sin texto legal por esa ciudad) en la modificación de la Z.P.O. Alemania de 1976.

En el Derecho Portugués moderno encontramos el despacho saneador que pasó al Derecho Brasileño (Ley de 1939) y que, en su versión más moderna permite al Juez conocer, antes de iniciarla instrucción no solo los presupuestos procesales sino también la acción y hasta, en algunos casos, decidir sobre el mérito si tuviera todos los elementos necesarios.

En el proceso civil Inglés se ha creado el Instituto de las Summons for Directions. Concluida la etapa preparatoria, se cita al demandado a comparecer a la audiencia denominada Summons for Directions en la que son resueltas varias cuestiones preliminares.

En EE.UU. existe la audiencia pre – trial, a la que se atribuye el carácter de juzgamiento preparatorio.

Es facultativa y tiende a la simplificación de las cuestiones controvertidas y a la fijación definitiva de los límites del litigio.

5.2.2. EN AMERICA LATINA

En los países de mayor aproximación cultural con la investigación se tiene:

Tomando el trabajo realizado por M. Angélica Etcheverry diremos que la audiencia preliminar representa una aproximación al sistema oral dentro del proceso escrito.

Se ve a diario que los expedientes están cargados de cuestiones innecesarias, pruebas superfluas, irrelevantes ya el abogado, al recibir el caso en su estudio, lo examina y cuadra jurídicamente. Para ello comienza por filtrar los hechos cumpliendo una tarea profiláctica de decantación, aseo y ordenamiento de los hechos que son relevantes para el debate judicial.

Las partes tienen que articular los hechos a través de la afirmación u oposición y de ofrecer las pruebas pertinentes u oponerse a las de la contraria.

El Juez debe decidir fijando los hechos conducentes en forma definitiva (hechos controvertidos) y admitiendo las pruebas pertinentes.

Se trata, en suma de identificar la acción por su objeto, sujetos y causa, y circunscribir a ellos el debate, descartando todo el material fáctico que resulte extraño a la esencia del conflicto, que pueda traer confusión o engorro o servir para vejámenes y dispendios inadmisibles.

Siguiendo a Eisner Isidoro diremos que los principios procesales que se consagran a través de la audiencia preliminar son los siguientes:

El Principio de Inmediación, al exigirse la presencia del Juez en la audiencia.

El Principio de Celeridad, ya que la depuración del proceso permite acortar el tiempo de desarrollo y definición de la causa.

El Principio de Economía Procesal, que busca obtener la mayor eficacia en la administración de justicia, con ahorro de tiempo, erogaciones y energía jurisdiccional. En este sentido, vemos implementado el principio de concentración.

El Principio de Moralidad, que exige evitar que se utilice el proceso como medio de hacer valer argucias, maniobras dilatorias, pruebas inútiles o vejatorias y todo medio antifuncional o maliciosos de complicar el debate judicial.

El Principio Dispositivo, que impone limitar las pruebas a los hechos controvertidos por las partes en su debido momento y como únicas dueñas del tema a dirimir.

El Principio de Saneamiento, que tiende a depurar el proceso, mediante la facultad del Juez de corregir o subsanar vicios, defectos y omisiones, disponiendo la integración de la litis o la justificación de la personería, advirtiéndole el defecto legal de la demanda o la incompetencia del Juez y evitando o saneando nulidades.

Finalmente la otra finalidad que cumple en la audiencia preliminar es el avenimiento total o parcial que separa las recíprocas posiciones de las partes, lo que supone la conciliación en todo o en parte, por vía del reajuste de las pretensiones u oposiciones articuladas en los escritos constitutivos.

En suma diremos que la audiencia preliminar, que se encuentra concebida en el proceso por audiencia para fijación de asistencia familiar requiere de un acentuado protagonismo de todos sus participantes, es decir del Juez, las partes y los abogados.

Por su parte el profesor Couture en 1939¹⁰ menciona los principios siguientes:

El Principio de Bilateralidad o de igualdad de las partes en el proceso.

El Principio Dispositivo, tiene en rigor un doble contenido: por un lado, el proceso civil no funciona si no es a iniciativa de las partes interesadas, quienes tienen la carga de iniciar, de comparecer, de contestar,

¹⁰ Couture Eduardo J., Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano, Cursillo dictado en la Universidad de Córdoba 1939, transcrito en Estudio de Derecho Proceso al Civil, Pp 289 – 342.

de probar, de alegar de recurrir y otros, y que además pueden disponer de sus derechos en el proceso terminándolo en forma uní o bilateral, salvo que se trate de derechos indisponibles; y por otro las limitaciones que tienen el tribunal en cuanto al material de conocimiento, pues el Juez no conoce más hechos que los que le suministran las principales partes. Este principio sufre una modificación en el Nuevo Código Uruguayo que reconoce que existe determinados asuntos que exigen que el Juez pueda iniciar de oficio el proceso, como ocurre en aquellos en que esta en juego el interés público, por ejemplo en el caso de protección a menores o incapaces. Se le otorgan asimismo al Juez las facultades necesarias para la averiguación de la verdad; para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos respetado el derecho de defensa de las partes; para disponer en cualquier momento la presentación de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las estimaciones que crean necesarias al objeto del pleito (Art. 24 C.G.P. – N°. 4/N°. 5). El Juez no va ha estar limitado al material probatorio aportado por las partes, sino que será el mismo quien saldrá a la búsqueda de la verdad material.

El Principio de Impulso de Proceso, el Nuevo Código Uruguayo en su Art. 3 establece el impulso de oficio “promovido el proceso, el tribunal tomará de oficio todas las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible”.

El Principio de Racionalidad de la prueba, “las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa”.

El Principio de Procesos por audiencias, el Nuevo Código Uruguayo y el Proyecto del Código Modelo han reunido en sabio equilibrio lo mejor del sistema escrito y el oral posibilitando la realización práctica de los principios de inmediación y concentración y logrando como consecuencia la aceleración de los procesos, el proceso por audiencias o si se prefiere, la inserción de la oralidad en el proceso, facilita la inmediación del Juez tanto con las partes como con las pruebas, así como de las partes entre sí.

El método oral no solo se presenta como más rápido y concentrada, sino que además y fundamentalmente se nos aparece como más fiel en la búsqueda de la verdad de los hechos que deberán de ser juzgados en el proceso.

Llegando en el estudio descriptivo, con relación a la asistencia familiar en nuestro país se tiene:

5.2.3. EN BOLIVIA.

A fin de no extenderse mas en lo histórico y doctrinal, para efectos del tema se tiene:

Por lo que debemos de tomar en cuenta que el legislador boliviano para la redacción de la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar – Sección I del Proceso Por Audiencia Para Fijación De Asistencia Familiar se inspiró en el Código de Proceso Civil modelo para Ibero América aprobado en las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Río de Janeiro en el año 1988, así como en el Código General del Proceso

Uruguay, siendo la preocupación de este último dar “...mayor flexibilidad y adecuación a esta época que no parecía las formas ni por antigüedad ni por su majestad, sino exclusivamente por su eficacia; Que sigue apreciando como valor fundamental el de la justicia, especialmente si se refiere a los más débiles; Que no puede soportar exasperante lentitud en el obrar; que se sabe alejada de la comunicación y quiere buscar los modos de lograrla, en cualquiera de los planos de la relación humana, y por ende, en el proceso”.

Según lo establecido en la legislación Familiar una vez que la demanda sea contestada o no, se deberá fijar la audiencia preliminar en el proceso de asistencia familiar, en la misma que se determinaran los siguientes hechos:

La alegación de hechos siempre que los mismos no modifiquen la pretensión o la defensa y la aclaración de sus fundamentos ni resultaren imprecisos, oscuros o contradictorios.

Contestación a las excepciones planteadas opuestas por el demandado y recepción de las pruebas propuestas en apoyo de las mismas.

El Juez deberá fallar acerca de las excepciones o nulidades que se pudieran haber advertido en el proceso para sanear el mismo.

El Juez deberá intentar conciliar a las partes lo que llevaría a la conclusión del proceso, en caso de que la conciliación resulte ser parcial se deberá proseguir con el proceso tomando en cuenta sola los asuntos en los que no se llevo a conciliar.

Fijación del objeto de la prueba, admitiéndose la que fuere del caso y disponiendo su recepción en la misma audiencia, o alternativamente, rechazando la inadmisibilidad o la que fuere manifiestamente impertinente.

Siguiendo a Ángel Landoni Sosa en la Reforma de la Justicia en el Uruguay/Análisis Crítico de los logros alcanzados por Código Civil modelo para Ibero América, en su aplicación práctica, diremos que entre estos objetivos se encuentran:

5.2.3.1. Tentar la conciliación

1. La conciliación es conveniente que se intente en el Juicio o antes de su iniciación.

En el Código de Austria con la tentativa de conciliación se realiza en el juicio, pero antes de la contestación.

2. La conciliación deberá ser procurada a través de órgano conciliadores no profesionales o por la actuación de jueces que tengan esos cometidos.

5.2.3.2. Sanear el Proceso

La función de saneamiento significa la solución de todas las cuestiones que puedan distraer la atención de la materia referente al mérito de la causa, como ser, a vía de ejemplo: las relativas a problemas de competencia, falta de capacidad, ausencia notoria o inexistencia de legitimación, cuestiones relativas a la conexitud, litis pendencia, cosa juzgada, integración de la litis, prevención de nulidades por vicio en el emplazamiento, etc.

5.2.3.3. Fijación definitiva del objeto, del proceso y de la prueba

La audiencia preliminar permitirá, sin duda, simplificar y, en definitiva, abreviar el proceso mediante el sencillo expediente de sentar el tema de discusión y, por ende, evitar inútiles esfuerzos dirigidos a probar circunstancias que, o bien no interesan para la dilucidación del proceso, o bien ya fueron admitidas o han sido suficientemente probadas, razón por la cual resulta inútil su reiteración.

Concretizando el presente trabajo de investigación del tipo analítico, descriptivo se presentará en los siguientes capítulos precisiones jurídicas al respecto.



CAPÍTULO VI

PROCESO PARA LA FIJACIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR

El proceso para la fijación de la asistencia familiar es un proceso por audiencia corto que debe cumplir con ciertos pasos los mismos que analizaremos a continuación:

6.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

El procedimiento de exigibilidad de la asistencia familiar, indica que la determinación de quienes tienen derecho a pedir la asistencia familiar, se determina contrario, del examen de las personas que están obligadas a prestarla y que están señaladas en las reglas de los Arts. 15, 16 y 17 del Código de Familia.

El Código de Familia en sus artículos 428 a 437 Derogado por la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar introduce el principio de oralidad en los procesos de asistencia familiar.

El cónyuge y el hijo menor, tienen el derecho de intentar la acción por el solo hecho de serlo, sin tener que acreditar situación alguna de necesidad en que se encontraren ni demostrar que se hallan en la imposibilidad de procurarse medio propios de subsistencia, como tienen que hacerlo, de acuerdo a lo previsto por el Art. 20 del Código de Familia, quienes no tengan ese carácter de cónyuge o hijo del obligado a prestar la asistencia demandada.

Justificar el estado de necesidad en que se encuentra el beneficiario de la asistencia familiar probando la incapacidad física o mental en que se encuentre para procurarse los medios necesarios para su sobrevivencia, si se encontrare en estado de minoridad solo será necesario el certificado de nacimiento, si es mayor de edad la incapacidad para proveerse los medios de subsistencia vitales.

También es preciso acreditar la capacidad económica del obligado por medio de pruebas que demuestren la misma.

El juez competente para conocer y resolver la demanda es el Juez Familiar de Instrucción del domicilio del demandado o del lugar en que deba cumplirse la obligación (Arts. 376 del Código y 10, caso 2º del Código de Procedimiento Civil).

La demanda debe ir acompañada de la prueba que justifique el título por el que se pide la asistencia, que por lo general ha de constituir el certificado del registro civil que acredite la relación de parentesco que fundamente la demanda de asistencia.

El derecho del cónyuge puede emanar de divorcio o de separación. El del hijo, puede derivar de un reconocimiento tácito.

Admitida la demanda de asistencia familiar por el Juzgado competente la misma será corrida en traslado al demandado para que conteste en el plazo de cinco días fatales computables a partir del día siguiente hábil de su citación de acuerdo a lo prescrito por el art. 140 del Código de Procedimiento

Civil, el Juez deberá fijar un monto provisional de Asistencia en base a la prueba literal presentada si ha sido posible establecer la capacidad económica del demandado.

6.2. AUDIENCIA PRELIMINAR

Con la contestación a la demanda o sin ella, se debe señalar día y hora para la audiencia preliminar que tendrá lugar dentro de un plazo que no podrá exceder de quince días, contados desde la contestación o el vencimiento del término, debiendo las partes comparecer en forma personal, salvo motivo fundado que justifique la comparecencia por representante.

En conclusión se dirá que lo preliminar hace alusión a la temporalidad, se relaciona con lo previo a desarrollarse antes que lo principal, por ello el poder de dirigir el proceso recibe la expresión de Audiencia Preliminar cuyos actos en resumen serán los siguientes: en primer lugar, el Juez ha de señalar y mantener el orden lógico de desarrollo de la audiencia en las siguientes etapas:

1. Ratificar de pretensiones (Demanda y contestación).
Alegación de hechos nuevos que no modifiquen aquellas,
Aclaración de los términos.
2. Complementación del debate: constelación de excepciones por el actor (contestación) o el demandado.
3. Tentativa de conciliación.
4. (Eventual) pruebas sobre excepciones.
5. Despacho saneador.
6. Fijación del objetivo del proceso.

7. Prueba: a) Fijación de su objeto; determinación de medios a diligenciar (admisibles, conducentes o pertinentes, necesarios); b) modo de diligenciar la prueba; c) diligenciamiento de la que pueda otorgarse en audiencia y/o fijación de la fecha de la audiencia complementaria de la prueba.
8. (Eventual): alegatos.
9. (Eventual) sentencia sobre el mérito.

6.2.1. Desistimiento de la acción

En esta clase de procesos familiares si a la audiencia preliminar no comparece la parte demandante, el Juez de oficio, a petición de la parte adversa, o del Ministerio Público, tiene la facultad de declarar desistida la acción, pudiendo deferir a una nueva audiencia y por una sola vez si es que la parte actora justifica su ausencia, Inc II del Art. 64 de la Ley 1760. El hecho de declararse el desistimiento de la acción, viene a significar la extinción extraordinaria del proceso de asistencia familiar.

6.2.2. Audiencia en rebeldía

Si el demandado no comparece a la audiencia la misma no se suspenderá debiendo proseguir su desarrollo en su rebeldía y se tendrá por ciertos los hechos alegados por la parte contraria.

6.3. AUDIENCIA COMPLEMENTARIA

El proceso para la fijación de la Asistencia Familiar supone normalmente dos audiencias: la audiencia preliminar la que excepcionalmente puede agotarse en la primera audiencia, mediante conciliación, transacción o limitándose a cuestiones de derecho y la audiencia complementaria o segunda audiencia en la que se desarrolla el verdadero juicio, en la que se produce la prueba (testifical, pericial, en la que se presentan los alegatos, y se emite la sentencia).

No agotándose el proceso en la primera audiencia, se pasa a la realización de la audiencia complementaria o nueva audiencia, o audiencia de prórroga la que constituye el verdadero juicio que concluye con el dictado de la sentencia.

No obstante es preciso aclarar que de la Sección I del proceso por audiencia para la fijación de asistencia familiar, Ley No. 1760 otorga mayor importancia a la audiencia preliminar incorporando muy escuetamente las actividades procesales a realizarse en la audiencia complementaria, por lo que sostenemos que las autoridades jurisdiccionales a la hora de desarrollar la audiencia preparatoria, así como a la hora de desarrollar las audiencias preparatoria y complementaria, así como las reglas que deben regir en estas, deberán remitirse a las disposiciones legales nacionales análogas existentes en materias tales como los procesos agrarios, y los procesos de la niñez y adolescencia.

Tomando como referencia la audiencia de juicio podrá iniciarse con la etapa de:

1. Exposición de Pretensiones en la que la parte demandante y demandada en ese orden podrán exponer sus pretensiones en forma oral, precisa ordenada y clara.
2. Producción de la Prueba ambas partes demandante y demandada por su turno podrán producir toda la prueba ofrecida.
3. Alegación de las partes inmediatamente de agotada la producción de la prueba las partes demandante y demandada deberán presentar sus correspondientes alegaciones,
4. Dictamen fiscal.
5. Agotada la presentación de la prueba por ambas partes, escuchadas las alegaciones de las mismas, emitirá la respectiva sentencia en la misma audiencia, pudiendo postergar únicamente su fundamentación para el día siguiente.

Durante las diferentes etapas orales de las audiencias preliminares y complementarias, así como en la etapa oral del dictado de sentencia deberán observarse las reglas de la sana crítica.

6.4. SENTENCIA

Si la sentencia declara probada la demanda, la asistencia familiar deberá fijarse de acuerdo a los ingresos y la capacidad económica que percibe el obligado, o bien en una cantidad fija, o en prestaciones materiales concretas equivalentes a dicho monto, tomando en consideración el Art. 21 del Código de Familia. El pago del mismo deberá ser liquidado a partir de la citación con la demanda al obligado, esto supone que debe practicarse la liquidación de la asistencia familiar de acuerdo con lo que establece el Art.

22 del citado Código y lo que regula el apartado II del Art. 63 de la Ley Nro. 1760.

6.4.1. Fundamentación de la decisión judicial

Al declarar probada la demanda deberá fundamentar su fallo indicando las circunstancias, que medios probatorios se introdujeron al juicio. Para justificar cada una de las conclusiones fácticas.

El sistema oral permite al Juez la facultad de apreciar la prueba en forma libre (reglas de la sana crítica), exigiéndole que fundamente y motive su fallo indicando los motivos y valoración que realizo de las pruebas aportadas por las partes.

6.5. DE LOS RECURSOS

Continuando con la investigación documental.

Habiendo sido notificadas las partes con la resolución final o la sentencia, de no estar de acuerdo con ella, por causarles algún agravio, las partes podrán interponer ante el mismo juez que hubiere pronunciado el fallo el recurso ordinario de apelación o adherirse a él en el plazo de cinco días, el que se calcula de momento a momento, es decir, que el plazo se computa desde el momento mismo de la notificación; el recurso debe contener los requisitos de fondo y de forma que determina el Art. 227 del Código de Procedimiento Civil, es decir, los fundamentos jurídicos en la que se basa o el agravio sufrido, bajo alternativa de ser rechazado de plano por el Juez y

teniendo por no deducido el recurso por improcedente, Par. II del Art. 69 de la Ley Nro. 1760.

6.5.1. Formas de concesión de los recursos

Las formas de concesión de los recursos ordinarios son diversas en sus efectos, dependiendo la clase de sentencia que defiera o niegue la asistencia familiar como se pasa a ver:

1. Si el recurso es deducido de la sentencia que ha declarado probada la demanda y ha fijado el monto de la asistencia familiar a favor de los alimentarios, la apelación se la concederá en el efecto devolutivo, disponiéndose la remisión del expediente original al Tribunal de alzada, quedando en el Juzgado testimonios o copias fotostáticas legalizadas de los actuados procesales más importantes, manteniéndose en ese caso la competencia del Juez que dictó la sentencia para seguir conociendo del proceso.

Para la conformación del cuaderno de apelación, el recurrente tiene la obligación procesal de proveer los gastos que significan las fotocopias legalizadas, dentro del plazo de las 48 horas contabilizadas a partir de su notificación con el auto que concedió la apelación, bajo la sanción de declararse ejecutoriada la resolución impugnada por el juez a petición de la parte adversa o de oficio, Art. 243 C.P.C.

En los procesos de divorcio y de separación judicial de los esposos, se presenta una variante que no cataloga el Código de Procedimiento Civil ni la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar, y es que en la situación de la interposición de los recursos de apelación de las resoluciones que determinan el incremento o disminución de la asistencia familiar, la apelación se la concede en el efecto devolutivo disponiéndose la remisión al tribunal superior de los testimonios o fotocopias legalizadas, quedando en el juzgado el expediente original, esto en razón de que siendo accesoria la cuestión resuelta, o sea, la asistencia familiar, en el expediente principal aún deben tramitarse otras cuestiones emergentes del divorcio, aplicándose en todo caso lo previsto por los Arts. 242 y 243 del Código adjetivo civil; valga esta aclaración puntual. En cambio en los casos de cesación de la asistencia familiar, sucede lo contrario, porque en aplicación de lo previsto por el Art. 69, apartado 1 de la Ley No. 1760, el recurso de apelación se lo concede en el efecto suspensivo, eso supone necesariamente la remisión del expediente original al tribunal de alzada implicando la pérdida de la competencia del juez que conoce del proceso, este fenómeno procesal resulta híbrido, porque aún existiendo pendientes de resolución de otras cuestiones, estas quedarán en suspenso hasta que el tribunal de apelación resuelva el recurso y el proceso retorne al juzgado de origen.

2. Empero, si la resolución de primer grado deniega la asistencia, el recurso de apelación será concedido en el efecto suspensivo, cuestión procesal que implicará la remisión del expediente

original al Tribunal ad-quem, hecho que determinará la pérdida de la competencia del Juez a-quo quien no podrá seguir sustanciando el proceso.

6.5.2. Tramitación del recurso de apelación

El Tribunal de apelación o de segunda instancia lo constituye el Juzgado de Partido de Familia, autoridad jurisdiccional que resolverá el recurso ordinario mediante una resolución de segunda instancia denominada auto de vista, en el plazo de diez días computable desde que el expediente pase a despacho, previo el dictamen de fondo que absolverá el Fiscal de Familia en el plazo de cinco días. La resolución de segunda instancia generalmente puede tener el efecto de confirmar íntegramente la sentencia impugnada, imponiendo costas en ambas instancias, entre otras posibilidades, confirmar parcialmente la resolución apelada con modificación del monto de la asistencia familiar, sin costas, Art. 237 C. P C.. No se descarta la eventualidad de resolverse disponiendo la revocatoria de la sentencia, así como la anulación o reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

6.5.3. Improcedencia de recursos extraordinarios

Con la emisión de la resolución de segunda instancia quedará concluida la tramitación del proceso, en vista de que la ley no admite la interposición de los recursos extraordinarios de casación o de nulidad; en consecuencia, el proceso retornará al juzgado de origen para su ejecución y cumplimiento, Art. 69 de la Ley No. 1 760.

6.6. LIQUIDACIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR.- APROBACIÓN Y ORDEN DE PAGO

A efectos de practicar la liquidación de pensiones se deberán de considerar los art. 68 de la Ley 1760 y el Art. 22 del Código de Familia los mismos que establecen que la misma deberá ser considerada a partir de fecha de la citación con la demanda al obligado.

Una vez practicada la liquidación de pensiones devengadas esta deberá ser notificada para que el término de 3 días pueda ser observada por el obligado o en caso de no responder o haber objeción alguna contra la misma esta merecerá ser aprobada y se dispondrá su cancelación dentro del plazo de tres días, bajo alternativa de darse aplicación a las medidas establecidas en el Art. 70 de la nombrada Ley No. 1760. Este plazo empieza a correr a partir de la notificación al obligado con el auto aprobatorio de la liquidación.

En la praxis judicial, no legislado en la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar, así como el mismo Código de Familia, existen medios legales para impugnar las liquidaciones practicadas en el proceso, entre esos medios tenemos a la observación y la excepción de pago. La observación a la liquidación de la asistencia familiar procede dentro del plazo de veinticuatro horas establecido por el Art. 200 del Código de Procedimiento Civil que tiene su aplicación por analogía; sin embargo, tratando de favorecer el cumplimiento en su pago por el obligado, en la práctica cotidiana se aplica el plazo de tres días que otorga la Ley para

satisfacer el abono del monto liquidado; en este plazo el aumentante puede oponer pagos realizados a cuenta de la asistencia familiar para su deducción del monto liquidado, mediante elementos de prueba que merezcan convicción. En cuanto a la excepción de pago, procede en las situaciones de encontrarse aprobada la liquidación, es decir, cuando el obligado no tuvo oportunidad de oponer la observación dentro del plazo comentado líneas arriba, la excepción deberá fundarse en pruebas eficientes que acrediten la existencia de los pagos realizados por el obligado, como por ejemplo, los recibos de pagos a cuenta firmados por la parte acreedora y otros similares. En estos casos, el juez las resolverá mediante la vía incidental emitiendo un auto interlocutorio de carácter definitivo.

6.6.1. SU COERCITIVIDAD

Por su naturaleza jurídica, hemos señalado que la obligación de la asistencia familiar está sujeta a coerción mediante el apremio corporal del obligado cuando no ha satisfecho oportunamente con el pago dentro del plazo que determina el Art. 70 de la Ley No. 1760 de 28 de febrero de 1997, en consideración de que la obligación reconoce la calidad de una deuda privilegiada, es de orden público y de cumplimiento pronto, oportuno e inexcusable, porque tiene la finalidad de cubrir las necesidades vitales e inmediatas de los beneficiarios de manera que si el obligado no ha cancelado las pensiones liquidadas en el plazo previsto de tercero día, puede ser objeto del apremio corporal y ser remitido en calidad de detenido a la cárcel pública hasta que haga efectivo su pago.

Sobre el apremio corporal el art. 149 del Código de la materia da a entender que solamente rige para la asistencia familiar del cónyuge y de los hijos, ya que expresa: “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”. Posición a la que se suma el art. 11 de la Ley 1602 (de abolición de prisión y apremio corporal por obligaciones patrimoniales) cuando expresa: “El apremio previsto por el párrafo tercero del art. 149 del Código de Familia...” y el art. 70 de la Ley 1760 que expresa: “...dispondrá el embargo... todo sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 11 de la Ley 1602 de 15 de septiembre de 1994, debemos de entender que la asistencia que no sea para la esposa y los hijos no tiene una función social y por lo tanto apremio corporal. Ya se dijo que el principio de solidaridad humana impone el deber moral de ayudar a quien sufre necesidades, sean estos hijos o descendientes, padre o ascendientes, cónyuge, hermano, etc; por lo que cualquier asistencia familiar está revestida del carácter social. Además, el apremio a que se refiere este artículo abarca solamente a los hijos y cónyuge porque se trata de la pensión fijada en el proceso de divorcio, donde no intervienen otros parientes; en otras palabras, lo extraño no está en lo que abarca ese artículo (149), sino la remisión que hacen los arts. 11 de la Ley 1602 y 70 de la 1760 a él sabiendo de ese carácter restrictivo; lo correcto era que se remitan al apremio del art. 436 del Código de Familia que es de carácter general porque abarca a la asistencia de otros parientes, se dice que abarca porque no hace ninguna restricción. Para ejecutar el mandamiento de apremio, según este mismo artículo, puede allanarse el domicilio de la parte obligada, facultad que recién se introdujo con la enmienda No. 37 de la Ley 996, aunque los jueces recurrían a aquella de igual manera.

Pese a lo anotado, en el apremio hay aspectos que parecen de aplicación exclusiva para la asistencia de los hijos y cónyuge, como el empleo malicioso de medios para burlar el cumplimiento y la suspensión del apremio después de seis meses de detención. Hay esta percepción porque únicamente están contempladas en el ya mencionado art. 149 del Código de Familia que está referido al proceso de divorcio, y no así en la Ley 1760 ni en el art. 436 que son propios del proceso de asistencia familiar y que la abarcan de manera general como ya se dijo. A propósito del empleo de medios maliciosos para incumplir la asistencia, no sería tal si no trabajase por una escasez aguda de empleo o por enfermedad, lo que inclusive podría, aunque no está previsto expresamente, dar paso a una suspensión temporal de la obligación, quedando pendiente la devengada.

6.6.2. Libertad bajo fianza juratoria o promesa verbal

La Ley No. 1602, promulgada en 15 de diciembre de 1994, denominada también Ley Blattman, en su Art. 11 ha introducido una modificación al Código de Familia por el cual el deudor que no ha logrado cancelar el monto de la asistencia familiar liquidada en el tiempo de seis meses luego de su detención, puede gozar de su libertad bajo simple fianza juratoria o promesa verbal de hacer efectivo el pago dentro del plazo de otros seis meses; si en esa segunda oportunidad tampoco paga, puede ser objeto de nuevo apremio, y así sucesivamente hasta que cumpla la obligación adeudada.

En la práctica, dicha norma legal ha ido en total desventaja para los alimentarios, pues, ocurre que los obligados en muchos casos no aprecian su libertad y nada hacen para cubrir la deuda que conforme pasa el tiempo se va incrementando de manera progresiva, mucho más si éste no cuenta con bienes muebles o inmuebles sobre los que pudiera embargarse y someterlos a subasta pública, o finalmente optan simplemente por desaparecer de la localidad con rumbo desconocido con el único fin de evadir el pago; ante esa situación, creo que lo ideal resultaría, considerar la cuantía de las pensiones, introducir modificaciones a la ley para exigir al obligado la prestación de una fianza real o personal para obtener su libertad, de ese modo asegurar el derecho de los alimentarios de manera efectiva.

6.6.3. EMBARGO

De acuerdo a lo establecido en el art. 149, párrafo II del Código de Familia el mismo especifica que la asistencia familiar “importa, además, hipoteca legal sobre los bienes del deudor, que se mandará inscribir de oficio”. En cambio el art. 70 de la Ley 1760 habla del embargo. Estas figuras, aunque con el mismo fin se encuentran diferenciadas de la siguiente manera: La primera es un derecho real de garantía del cumplimiento de una obligación y el segundo una medida cautelar para garantizar la efectividad del proceso y después hacer la venta judicial; La hipoteca nace cuando nace el crédito, en otras palabras, cuando el demandado es citado con la demanda, sin necesidad de alguna disposición por parte del juez sobre el particular; el embargo se da cuando lo dispone el juez después de liquidada la pensión y no cumplida. Como se ve, la hipoteca nace primero que el embargo, pero ninguna necesita de la otra como presupuesto, es decir, la hipoteca legal no

necesita del embargo ni el embargo necesita de la hipoteca. Como ya han sido analizadas las diferencias que se dan, ahora debemos de ver las similitudes en las que se encuentra; ambas buscan la venta en subasta de los bienes del deudor para cubrir la deuda y surten efectos contra terceros desde su inscripción en el Registro correspondiente; inscripción que debe recaer sobre bienes especial e individualmente indicados, las bases legales se dan en los arts. 1363, párrafo I), 1364 y 1473 del Código Civil, y 159 del Código de Procedimiento Civil. Ahora lo que debemos de analizar es si se utilizan ambas medidas por lo que el art. 70 de la Ley 1760 deroga tácitamente a la hipoteca legal. Pero al no haber sido derogado expresamente el art. 149 C.F., se entiende que coexisten ambas medidas, pudiendo aplicarse alternativamente cualesquiera de ellas, mucho más si se trata de asistencia para hijo o cónyuge. Si no se inscribe la hipoteca podrá ordenarse el embargo en su momento. Si se inscribe no hay necesidad de embargo para proceder al remate.

El principal instrumento por el cual se determina la asistencia familiar es la sentencia, la que toma el principio de proporcionalidad, respecto a las necesidades del alimentando y posibilidades del obligado, que rige la asistencias familiar, no es definitiva, es decir, no causa estado, no adquiere la autoridad de cosa juzgada respecto al monto, el que puede modificarse (aumentar o disminuir) si se modifican las circunstancias fácticas (art. 28 C.F.). La Ley 1760 en su art. 72, introdujo la novedad del reajuste automático si la asistencia se fija en forma porcentual, ejemplo, si es sobre la base de un 20% del total ganado y ese salario aumenta en 5%, la pensión aumenta en ese porcentaje, lo mismo podría hacerse si se señaló un monto no porcentual, pues, no es difícil sacar el porcentaje de ese monto; esto para evitar trámites

engorrosos de aumento o disminución, ya que el reajuste automático es precisamente para eso, para no seguir el proceso oral correspondiente, con el consiguiente ahorro de tiempo y dinero; obviamente que tiene que ser a solicitud de parte interesada, acompañando la prueba correspondiente. Sin embargo esto no es tan sencillo ni absoluto porque la parte obligada puede oponerse al incremento si a la par de mejorar sus ingresos aumentan sus obligaciones familiares, de otro modo se atentaría contra el principio de proporcionalidad que da paso a la modificación del monto.



CAPÍTULO VII

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

7.1. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA RESCRIPCIÓN

Al analizar el concepto de prescripción se debe de entender que es la extinción de un derecho (o para hablar con mayor precisión, la extinción de las acciones derivadas de un derecho) por su abandono por el titular durante el termino fijado por la ley.

*Excepción para repeler una acción por el solo hecho de que el que la entabla ha dejado durante un lapso de intentarla o de ejercer el derecho al cual ella se refiere. De ese modo, el silencio o inacción del acreedor durante el tiempo designado por la ley, deja al deudor libre de toda obligación, sin que para ello se necesite ni buena fe ni justo titulo.***
Diccionario de Cabanellas y Osorio.

Puede definirse la prescripción como el modo de extinguirse los derechos y las acciones por el mero hecho de no dar ellos adecuadas señales de vida durante el plazo fijado por la ley (DE CASTRO). Así se pone de relieve como junto con el transcurso del tiempo lo característico de la prescripción es la inacción del titular del hecho durante toda la extensión de aquel, es lo que se ha denominado con acierto como “el silencio de la relación jurídica” (ALAS, DE BUEN Y RAMOS)

Las justificaciones de la doctrina han sido muy diversas, se ha basado en la renuncia tacita del titular del derecho, en el mantenimiento del buen orden social, en el intento de evitar dificultades en la prueba de las relaciones

jurídicas que se prolongan indefinidamente en el tiempo, en la idea de sanción contra el acreedor que actúa con negligencia, en la seguridad jurídica que no pueden lograrse si las situaciones inciertas se mantienen prolongadamente, siendo necesario que el derecho objetivo ponga fin a las mismas.

La prescripción requiere, por lo tanto, estos dos elementos: a) la inacción del titular y b) el transcurso del tiempo.

7.2. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA CADUCIDAD.

La caducidad es la acción y efecto de caducar, acabarse, extinguirse, perder su efecto o vigor, por cualquier motivo, alguna disposición legal, algún instrumento publico o privado o algún acto judicial o extrajudicial.

La caducidad de la acción es el fenómeno o instituto por el que, con el transcurso del tiempo que la ley o los particulares fijan para el ejercicio de un derecho, éste se extingue, quedando el interesado impedido para el cumplimiento del acto o ejercicio de la acción

La caducidad como concepto distinto de la prescripción es una idea moderna, desconocida en el derecho romano, todavía hoy es una noción poco precisa, no es fácil dar un concepto claro de caducidad, como en la prescripción, hay aquí también la pérdida de un derecho como consecuencia de la inacción del titular durante el termino fijado por la ley, algunos autores como Baudry Lacantinerie y Tissier, han negado que la haya, pero la doctrina moderna es casi unánime en admitir que se trata de instituciones distintas.

Según el Código Civil Boliviano se establece que la caducidad es por medio del cual los derechos se pierden por no ser ejercidos dentro del termino de perentoria observancia fijado para el efecto.

7.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN

Habría que analizar que es lo que hiere la prescripción; si es el derecho en si mismo o solo la acción que de él nace.

Puesto que la prescripción deja subsistente una obligación natural, la opinión tradicional en nuestra doctrina es que ella afecta solo la acción, no el derecho, esta opinión ha sido impugnada especialmente por Spota, quien sostiene que la prescripción produce la perdida del derecho subjetivo, que es la obligación natural. La prescripción tendría así un doble efecto; por un lado la extinción de un derecho; por el otro, el nacimiento de un nuevo derecho.

Por lo que concluimos que la prescripción no afecta radicalmente el derecho, sino solo la acción que lo protege.

7.4. UTILIDAD Y FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN.

El abandono prolongado de los derechos crea la incertidumbre, la inestabilidad, la falta de certeza en las relaciones entre los hombres. El transcurso del tiempo hace perder muchas veces la prueba de las excepciones que podría hacer valer el deudor.

La prescripción tiene pues, una, manifiesta utilidad; obliga a los titulares de los derechos a no ser negligentes en su ejercicio y pone claridad y precisión en las relaciones jurídicas.

En interés del orden y de la paz social conviene liquidar el pasado y evitar litigios sobre deudas cuyos derechos se han perdido, no debe creerse, por lo tanto, que la institución se inspira en el propósito de proteger al deudor contra su acreedor; su fundamento es, como se ha indicado, de orden social.

Esto explica que los beneficiarios no puedan renunciar por anticipado a los plazos de prescripción, ni extenderlos mas allá de lo que señala la ley; porque no juega aquí tanto un interés individual como uno publico.

7.5. DIFERENCIA ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD.

Frente a la prescripción, la caducidad, según la doctrina y la jurisprudencia, se caracteriza por las siguientes notas: obtenidas en la investigación documental

1. La caducidad puede establecerse por ley o por pacto, la prescripción sólo por ley.
2. La caducidad puede ser estimada de oficio por los tribunales, la prescripción debe ser alegada por parte interesada.
3. La caducidad supone la fijación de un tiempo para el ejercicio de derechos y acciones, pasado el cual dejan de existir o, como dice DE CASTRO, en realidad no llegan a nacer, mientras que la prescripción hace referencia a las pretensiones que las partes puedan deducir, no a los derechos

que les afectan, quedando esto sólo paralizado mediante la excepción que se promueve.

4. La caducidad pretende dar seguridad al tráfico jurídico; la prescripción pretende poner fin a la incertidumbre de los derechos, entendiéndolos abandonados cuando su titular no los ejercite.
5. La prescripción extingue los derechos por la razón subjetiva de la falta de su ejercicio por el titular; en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio durante el término prefijado.
6. La caducidad se refiere a derechos potestativos y, más propiamente hablando, a las facultades o poderes jurídicos, cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica.
7. La prescripción resulta siempre y exclusivamente del transcurso del tiempo; la caducidad, aunque generalmente se opera también por el transcurso del tiempo, suele resultar de actos positivos del titular del derecho.

CAPITULO VIII

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR

El planteamiento del problema de investigación, resultante de una propuesta, hecha por la suscrita, tiende a favorecer al “sujeto” principal de la asistencia, que en este caso, los hijos; independientes de perjuicio y otros aspectos que tienen que ver con la sanción de los que no cumplen este deber, que puede dar lugar a la onerosidad inducida, que termina sancionando con reclusión del obligado. Ahora en base a lo anterior, se tiene el presente estudio documental.

8.1. DEFINICIÓN

La definición formal, que se tiene es:

La ley protege los derechos individuales, pero no ampara la desidia, la negligencia, el abandono. Los derechos no pueden mantener su vigencia indefinidamente en el tiempo, no obstante el desinterés del titular, porque ello conspira contra el orden y la seguridad.

Transcurridos ciertos plazos legales, mediante petición de parte interesada, la ley declara prescriptos los derechos no ejercidos.

La prescripción es la extinción de un derecho por su abandono por el titular durante el término fijado por la ley.

Por lo tanto la prescripción requiere como ya vimos anteriormente de dos elementos como son la inacción del titular y el transcurso del tiempo.

Tómense en cuenta que la prescripción se refiere a la extinción de la facultad de pedir la asistencia, al haberse mantenido inactivo el titular del derecho en el tiempo que establece la ley, sin que se extinga el derecho, sino más bien la posibilidad de ejercitarlo.

La imprescriptibilidad, según la doctrina y la jurisprudencia, sólo favorece a los menores de edad y los incapacitados, al igual que los otros caracteres que se mencionan en el artículo 24 del Código de Familia. A contrario sensu, los hijos mayores de edad que perciben la asistencia familiar y los otros parientes con plena capacidad, quedan sometidos a la prescripción bienal a que se refiere el artículo 1509, inciso c) del Código Civil.

Sobre estas consideraciones se tiene que el juez de familia no cuenta con la base sustrato legal en el Código de Familia para asignar el carácter de imprescriptibilidad a la asistencia familiar de los menores de edad e incapaces. Sin embargo, la característica de ser intransferible o indisponible está establecida en el artículo 24 del referido Código de Familia.

Con tal aclaración llegamos **al artículo 1492 del Código Civil**, que establece que los derechos se extinguen por la prescripción cuando su titular no los ejerce durante el tiempo que la ley establece, exceptuando los derechos indisponibles y los que la ley señala en casos particulares. En esta concepción, al ser indisponible o intransferible la asistencia familiar de los menores o incapaces, la base legal para nuestras determinaciones las

basaremos en el referido artículo 1492 del Código Civil, con el advertido de que esta imprescriptibilidad sola estaría reservada para los menores e incapaces y no así para los cónyuges y otros parientes mayores de edad con plena capacidad de obrar.

8.2. EN EL MUNDO

La prescripción constituye una manifestación de la influencia que el tiempo tiene sobre las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos. Estos, a lo largo de aquél, nacen, se ejercitan y mueren.

La prescripción extintiva provoca la desaparición de un derecho real o de crédito o de una acción, y se basa en un dato puramente negativo como es el no ejercicio de su derecho por el titular del mismo.

La asistencia familiar es imprescriptible. Pero entendámonos; el derecho a pedir asistencia familiar, no prescribe jamás. Quien no pidió asistencia familiar fue porque seguramente no la necesitaba, o porque seguramente pudo agenciarse 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 me referí anteriormente respecto a quienes pueden pedir la asistencia familiar. En tanto que sí es prescriptible, a mi juicio, las pensiones de asistencia ya vencidas.

No hay en nuestro derecho ninguna disposición que señale que la asistencia familiar es imprescriptible, tal como por ejemplo el **art. 1160 del Código Civil** para el Distrito Federal de México cuando expresa: “La

obligación de dar alimentos es imprescriptible". Sobre el tema, el tratadista mexicano Manuel Chávez Ascencio (44) indica: *"sobre el particular debemos distinguir el carácter imprescriptible de la obligación de dar alimentos, del carácter prescriptible de las pensiones ya vencidas.*

El derecho para exigir alimentos se considera imprescriptible. Aunque la ley no señala el carácter imprescriptible del derecho, el art. 1160 del C.C. previene que "La obligación de dar alimentos es imprescriptible". Luego, si la obligación es imprescriptible el derecho del acreedor de obtenerlos también lo será.

Sobre la posibilidad de la prescripción respecto de las pensiones alimenticias vencidas, deberá estarse a lo dispuesto en los arts. 2950 y 2951 del C.C., México D.F. que tratan de la transacción, los que previenen que será nula la transacción que verse sobre el derecho de recibir alimentos, pero podrá hacerse transacción sobre las cantidades vencidas. En esto habrá que aplicar lo relativo a la prescripción y, en relación a las prestaciones vencidas, opera el término de prescripción señalado por el art. 1162 del C. C. México D.F. que se refiere a prestaciones periódicas, las que prescriben en cinco años".

Del mismo criterio participa Guillermo Borda (45) cuando dice: *"Pero las cuotas vencidas sí prescriben. Algunos fallos resolvieron que el término de la prescripción se operaba a los cinco años, por aplicación del art. 4027 inc. 1º (Código argentino) y otros, con un criterio más generoso para el alimentado, admitieron el común de diez años. La cuestión ha perdido interés luego de haberse generalizado la jurisprudencia según la cual la*

prolongada inactividad del alimentado para cobrar las cuotas vencidas hace caducar su derecho a ellas, pues revela que no le eran necesarias”.

Este es uno de los argumentos fundamentales del planteamiento del problema.

8.3. EN BOLIVIA.

Analizando la Legislación Boliviana, considero que la pensión vencida sí prescribe a tenor de lo que dispone el **art. 1501 del C. C.** cuando dice: *“La prescripción sólo se suspende en los casos de excepción establecidos por la ley”*. El art. 1502 del mismo Código Civil, señala expresamente los casos en los cuales la prescripción no corre, y en ninguno de los incisos que contiene el art. 1502 citado, encontramos algo relativo a la imprescriptibilidad de las pensiones de asistencia familiar. Se podría señalar, 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 ninguna disposición legal a ese respecto. Por lo tanto, es conveniente concluir que si el beneficiario no ha cobrado las cuotas vencidas durante el término que señala el art. 1509 del C. C. (dos años), la cuota de asistencia familiar que corresponde a ese lapso ha prescrito. En efecto, el mencionado art. 1509 del C. C. indica que prescriben 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. Imprescriptibilidad que tiene también su fundamento en el art. 24 del C.F., cuando indica que la asistencia familiar en 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, lógico es que no pueden disponer de ese derecho sino al fin específico que consiste en la satisfacción de sus necesidades. De ahí porque, no puedan renunciar al derecho a la asistencia familiar y tampoco pueda correr la prescripción respecto a ellos. Concluyendo: las pensiones de asistencia familiar devengadas por más de dos años en favor de los mayores si prescriben. Esta es la principal controversia al problema planteado. El objetivo básico de esta investigación es un análisis dialéctico del tema, sintetizar una propuesta coherente.

Las segundas jornadas judiciales que se llevaron a cabo a convocatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en julio de 1990, ha propuesto la modificación del art. 24 del C.F. indicando: *“El art. 24 del C.F. que especifica los caracteres del beneficio de asistencia familiar, no puntualiza todos aquéllos que la propia ley familiar le reconoce, consiguientemente, el referido artículo debe ser complementado como sigue: el derecho de asistencia familiar en favor de los menores e incapaces es irrenunciable, intransferible, IMPRESCRIPTIBLE, obligatorio e inembargable”*.

Por lo anteriormente visto se debe de tomar en cuenta que, si se puede, llegar a considerar la prescripción de la asistencia familiar, legalmente, si se analiza artículos del código civil y al no haber en la normativa especial familiar norma que contradiga o prohíba la misma se debería de dar curso a la prescripción de reclamación de la asistencia familiar la misma debiendo ser a los cinco años.

8.3.1. CARACTERES DE LA PRESCRIPCIÓN

El estudio de la naturaleza jurídica de la prescripción exige partir de una premisa básica: la prescripción es un modo de extinción del derecho por la inacción de su titular durante el tiempo que marca la ley. De esta idea se desprenden sus caracteres básicos:

- 1º La prescripción, al actuar por ministerio de la ley, sólo se admite en los casos expresamente establecidos por ella, no siendo susceptibles de ampliación por los particulares.

Luego veremos sobre qué derechos recae la prescripción. Pero en relación con esta materia se plantea la posibilidad de determinar si los plazos de prescripción pueden ser alterados negocialmente por los particulares; la cuestión tiene interés por la frecuencia con que se introducen estas cláusulas en las condiciones generales de los contratos (p. ej., plazos para reclamar la indemnización en los contratos de seguros). El Código Civil no contiene normas sobre el particular, por lo que la cuestión debe ser abordada desde el campo más amplio de la autonomía de la voluntad. De acuerdo con ello cabría admitir la validez de los pactos por los que se acortasen tales plazos, pues de esta manera el titular del derecho subjetivo actúa dentro de las posibilidades de ejercicio que le son propias, y no excede *aquel límite de orden público* que caracteriza a la prescripción, lo que sí ocurriría en el caso de extender aún más los plazos legales.

- 2º Precisamente por su origen legal, la prescripción actúa *ipso iure* una vez se haya cumplido el plazo respectivo. Pero no puede ser apreciada

de oficio por los tribunales, dado el carácter de justicia rogada, que es propio de nuestro ordenamiento jurídico civil.

8.4. DOCTRINA Y LEGISLACIÓN COMPARADA

8.4.1. DOCTRINA Y LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La investigación documental, permite a la suscrita, hacer una aclaración precisa del Derecho Comparado y que conceptualiza al problema de investigación.

La legislación española se refiere a la determinación del objeto sobre el que recae la prescripción. Una vez vista la posibilidad de que prescriba tanto el derecho como la acción que lo tutela, corresponde examinar cuáles son los derechos susceptibles de prescripción. Para ello es necesario partir del artículo 1930 Código Civil, al decir que “también se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones de cualquier clase que sean”. Pero esta regla general ha de ser puntualizada:

8.4.1.1. Sólo son prescriptibles las cosas que están en el comercio de los hombres (1932). Aunque la jurisprudencia ha tratado en alguna ocasión de enumerar cuáles son éstas, lo cierto es que se trata de una cuestión que ha de ser resuelta en cada caso concreto, pues es imposible comprender en una lista todos los posibles supuestos; a modo de ejemplo señalaremos que se encuentran cosas como las sagradas, comunes, de jurisdicción o los títulos nobiliarios.

- 8.4.1.2. Sólo son susceptibles de prescribir los derechos de contenido patrimonial y al mismo tiempo de carácter disponible: en consecuencia con ello no prescriben los derechos relativos al estado civil, a la personalidad y los derechos de familia (aunque en algunos casos las acciones que los tutelan estén sometidas a plazos de caducidad: ejemplo, acciones de filiación).
- 8.4.1.3. Tampoco prescribe las acciones meramente declarativas (inexistencia, nulidad, simulación) como reconoce constantemente la jurisprudencia. Aunque sí lo pueden hacer las acciones restitutorias que derivan de aquéllas.
- 8.4.1.4. Sólo prescriben los derechos, pero no las facultades, por ser parte integrante de un derecho subjetivo principal (ej., art. 1965). Sin perjuicio de que se vean afectadas por la prescripción del derecho de que forman parte.
- 8.4.1.5. Finalmente se ha discutido si las excepciones son prescriptibles: la jurisprudencia del T.S. acaba con las dudas sobre la materia al señalar que si se trata de excepciones que se interponen en términos que implican el ejercicio de una verdadera acción, ha de quedar sometida a prescripción.

Al estudiar los plazos se seguirá básicamente la sistemática establecida por el Código Civil. en los artículos 1962 a 1968. Teniendo en cuenta que el Código Civil las articula atendiendo a la naturaleza personal o real de la acción, la primera labor a realizar será la de precisar el cuál de estas categorías ha de encuadrarse el derecho cuya prescripción se trata de determinar, lo cual en ocasiones plantea no pocas dificultades como en la acción de petición de la herencia.

Dentro de las Acciones personales que prescriben a los cinco años encontramos a la asistencia familiar en el Capítulo III. De la prescripción de las acciones art. 1966 establece:

Artículo 1066.

Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes:

1. La de pagar pensiones alimenticias.
2. La de satisfacer el precio de los arriendos, sean estos de fincas rústicas o de fincas urbanas.
3. La de cualquier otro pago que deban hacerse por años o en plazos más breves.

8.4.2. DOCTRINA Y LEGISLACIÓN ARGENTINA

La prolongada inactividad procesal del alimentado que no urge los tramites del juicio o no reclama los alimentos ya fijados, provoca la caducidad de las cuotas ya vencidas. La cuestión habrá dado lugar a pronunciamientos contradictorios de los Tribunales de la Capital, a la que puso termino en el sentido ya indicado un fallo dictado en Tribunal Pleno. La solución parece justísima, pues quien, sin causa justificada, se muestra negligente en el reclamo de los alimentos esta indicando con su conducta que no le son necesarios.

La caducidad se refiere únicamente a las cuotas vencidas y no reclamadas oportunamente, pero no a las que se devengan después que el proceso fue impulsado nuevamente.

El art. 4027 según este artículo se prescribe por cinco años la obligación de pagar los atrasos: 1) de pensiones alimenticias; 2) del importe de los arriendos, bien sea la finca rústica o urbana; 3) de todo lo que debe pagarse por años o plazos periódicos más cortos.

La ley ha juzgado, muy razonablemente, que cuando se trata de obligaciones de vencimiento periódico, es mayor la negligencia del que abandona el ejercicio de su derecho; no se trata ya de una sola obligación vencida, sino de una serie de obligaciones con vencimiento sucesivo. La inercia del acreedor es en este caso más significativa. Y por ello, no se aplica el plazo ordinario de diez y veinte años, sino que se lo reduce a cinco años, sin distinguir entre presentes y ausentes.

El alimentado que no ejerce durante cinco años el derecho o cobrar pensión por sentencia o convenio, se hace pasible del decaimiento de su acción. Quizás la reducción del plazo decenal a cinco años, se justifica en este caso más que en ningún otro. Porque es evidente que cuando la persona alimentada, deja transcurrir tanto tiempo sin accionar por el cobro de su pensión, es porque no la necesita. Por ello es que los tribunales han avanzado más allá del art. 4027 y han resuelto que la inactividad procesal prolongada del alimentado que no urge los trámites del juicio o no reclama los alimentos ya fijados, provoca la caducidad de las cuotas vencidas.

CAPITULO IX

TABULACIÓN DE ENCUESTAS Y RESULTADOS

A fin de tener los datos primarios, por medio de la investigación de campo y en forma complementaria a la investigación documental, que es dogmática formalista y de tipo cualitativista; se usará el método dialéctico – materialista un consulto a una muestra, en no probabilística de los actores jurídicos, implicado en el presente proceso de investigación¹¹.

Estudio empírico observacional.

La investigación de campo –para obtención de datos primarios– se realizó por medio de encuestas aplicadas al azar a una muestra de sujetos de estudio con problemas relacionados a la asistencia familiar.

Este estudio o sea su recolección de información, su tabulación en cuadros de salida y el análisis y síntesis de los mismos se presenta en anexo adjunto. Siguiendo un procedimiento analítico cualitativo y cuantitativo para la presentación de los resultados.

9.1. TABULACIÓN DE ENCUESTAS (CUALITATIVISMO)

(ver anexo)

¹¹ Guido Mansilla. Tesis de Grado, Pp. 203 – 240.

9.2. TABULACIÓN DE ENTREVISTAS (CUANTITATIVISMO)

(ver anexo)

9.3. MÉTODO DE TRIANGULACIÓN PARA LOS ANÁLISIS Y RESULTADOS

(ver anexo)

La asociación entre Asistencia Familiar oportuna y la prescribibilidad de la misma está dada en la investigación de campo (ver anexo).

9.4. ESTUDIO –EMPÍRICO OBSERVACIONAL– ANÁLISIS INDUCTIVO, DIALÉCTICO MATERIALISTA¹²

La presente investigación de campo, se hizo con objeto de obtener datos primarios, por medio de un instrumento el cuestionario, en una muestra no probabilística, tomada en el juzgado correspondiente.

CUADRO GENERAL DE RESPUESTAS

	FRECUENCIA	%	OBSERVACIÓN
POSITIVA	8	40	El trabajo de campo se hizo en consulta con encuestadores antropología Bonne Sue
NEGATIVA	7	35	
AMBIGUA	5	25	
TOTAL	20	100	

Fuente: Propia

En términos generales la prescripción de la Asistencia Familiar es positiva en 40%, que si sumamos la posición ambigua a la percepción

¹² Jorge Wilker. Investigación Jurídica, citado por Guido Mansilla. P 209.

negativa de la Asistencia Familiar de 25%, hacen un porcentaje superior de 65 % a la percepción negativa que es 25%.

A fin de realizar un análisis crítico de las respuestas, se las ha seleccionado en series: positivo 8, respuestas; negativo 7; neutro (+o-) 5.

El resultado del análisis es el siguiente:

CUADRO N° 1
RECIBE USTED “ASISTENCIA FAMILIAR

	FRECUENCIA	%	OBSERVACIÓN
SI	40	40	
NO	25	35	
+ O -	15	25	
TOTAL	80	100	

Fuente: Propia

Casi la mitad o más si sumamos mas o menos de ella, de las encuestadas dicen que NO. Lo que significa el bajo cumplimiento de la Ley. Esta es otra de las razones, que fundamentan la prescriptibilidad ya que esto, tiene carácter preventivo y por tanto coercitivo.

CUADRO N° 2
USTED CREE QUE LA ASISTENCIA FAMILIAR QUE
PERCIBE ES OPORTUNA PARA LA MANUTENCIÓN DE SUS HIJOS

	FRECUENCIA	%	OBSERVACIÓN
SI	40	50	
NO	40	50	
TOTAL	80	100	

La respuesta muestra coherencia con la anterior pregunta en relación a la desatención de los beneficiarios de la asistencia.

CUADRO N° 3
EN CASO DE ATRASO O INCUMPLIMIENTO DE LA ASISTENCIA
FAMILIAR USTED HACE EXIGIBLE ESE SU DERECHO

	FRECUENCIA	%	OBSERVACIÓN
SI	50	62	
NO	30	38	
TOTAL	80	100	

El 62% muestra un conflicto y la falta de capacidad en la negociación de las partes; puesto que la no exigibilidad oportuna afecta al destinatario de la asistencia y es la base de la onerosidad, que no soluciona nada, por medio de prisión, que es más perjudicial a la efectividad del cumplimiento de la ley a favor de los beneficiarios.

CUADRO N° 4
CONSIDERA USTED QUE LA ASISTENCIA FAMILIAR QUE NO HA
SIDO EXIGIDA OPORTUNAMENTE CUMPLIRÁ LA MISMA FUNCIÓN
PARA LA QUE ESTABA DESTINADA EN ESE MOMENTO

	FRECUENCIA	%	OBSERVACIÓN
SI	30	38	
NO	50	62	
TOTAL	80	100	

El alto porcentaje muestra de sí mismo la necesidad de modificar la ley.

CUADRO N° 5
CREE QUE SEA NECESARIO QUE AL NO EXIGIR LA ASISTENCIA FAMILIAR OPORTUNAMENTE DURANTE UN DETERMINADO TIEMPO ESTA ACCIÓN DE EXIGIBILIDAD DEBERÍA PRESCRIBIR

	FRECUENCIA	%	OBSERVACIÓN
SI	20	25	
NO	60	75	
TOTAL	80	100	

Existe un 75% de la muestra, que todavía sostiene que no debe prescribir la asistencia familiar como factor coadyuvante de la onerosidad y el no cumplimiento oportuno y, en muchos casos vital como es de la alimentación de los niños y los adolescentes, que requieren de alimentos estructurales como las proteínas de la leche, carne, quinua, fríjol, soya y otros vegetales, que se no los proporciona oportunamente, ya no son utilidad.

CUADRO N° 6
LA PRESCRIPCIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR DEBERÍA DARSE CADA QUE TIEMPO

	FRECUENCIA	%	OBSERVACIÓN
3 a 5	10	25	
6 – 8	10	25	
9 – 10	20	50	
TOTAL	40	100	

La posición de 50% es ecléctica y pone la “situación” en un punto intermedio de integridad y escepticismo, que atenta contra la seguridad y la eficiencia, del apoyo a los párvulos sobre todos.

CAPÍTULO X

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

10.3. CONCLUSIONES

1. La asistencia familiar supone un derecho de exigir una pensión por parte del beneficiario y una obligación por parte del obligado producto de una relación de parentesco.
2. La Constitución Política del Estado protege la asistencia familiar como un derecho a la vida y a la salud.
3. La extensión de la asistencia familiar según nuestra legislación comprende lo necesario para la subsistencia del beneficiario, debiendo el Juez valorar las necesidades del mismo para fijar una pensión una vez demostrada la capacidad económica del obligado.
4. La asistencia familiar esta reconocida por los tratados Internacionales estableciendo normas de competencia y de cooperación procesal internacional.
5. La asistencia familiar en caso de no ser cumplida oportunamente por el obligado deberá ser exigida coercitivamente recurriendo a

la acción de exigibilidad de la asistencia familiar por medio de los Juzgados de Familia.

6. Tomando en cuenta las características que posee la asistencia familiar y la esencia que tiene la misma deberá ser oportuna en su cumplimiento y exigibilidad.
7. Los límites en los que se presta la asistencia familiar son en caso de que lleguen a la mayoría de edad el que terminen sus estudios y lleguen a tener una profesión u oficio.
8. La no ejecución de la acción de exigibilidad de la asistencia familiar supondrá un acto de negligencia la cual causaría onerosidad en la acumulación de la misma.
9. En caso de que el obligado no cumpla puntualmente la pensión fijada en el proceso de asistencia familiar hay medios coercitivos para ejercer su acción de exigibilidad pero en caso de no ejercer esta acción no se establece ninguna sanción por la inactividad del beneficiario.
10. La prescripción aunque podría dar lugar a situaciones injustas la misma constituye una necesidad de orden social y legal, pues sin ella primaria la negligencia en el ejercicio de los derechos, la prescripción impide reclamaciones desleales por quienes no se consideran merecedores del ordenamiento por la pasibilidad con que comportan sus derechos.

10.4. RECOMENDACIONES

1. Que de acuerdo a los antecedentes estudiados podemos establecer que se deberá incorporar a la legislación familiar Boliviana medios legales de sancionar la inacción en la acción de exigibilidad de la asistencia familiar por medio de la prescripción de la misma en el lapso de 5 años, para los mayores de edad que no reclaman este beneficio.
2. Tomando en cuenta la legislación comparada debemos de analizar que los mismos toman a la prescripción de la asistencia como medida de protección no solo al beneficiario sino también al obligado.
3. Amparándonos en una norma se podrá prevenir que la asistencia familiar llegue a un grado de onerosidad que no llegue a satisfacer las necesidades que fueron necesarias con anterioridad por parte del beneficiario y que ahora quieren ser exigidas y no puedan ser cubiertas por el obligado.
4. Al igual que se hizo modificaciones por medio de la ley 1760 Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar al Código de Familia, para procurar que el proceso de asistencia familiar sea mas corto y se resuelva en audiencia oral, se deberá incorporar normativa que permita el inmediato ejercicio para el cobro de la pensión de asistencia familiar.

5. El procedimiento para exigir el cumplimiento de la asistencia familiar fijada en proceso, deberá cumplir los principios de económica e inmediatez para que el beneficiario pueda ejercer su derecho sin excusas.

6. La propuesta que hace la suscrita para la solución de conflictos familiares es que ya que se legislo y amparo el derecho de los beneficiarios a la asistencia familiar por medios coercibles que hacen cumplir esta obligación, tan bien, se debería de dar la normativa necesaria para castigar la negligencia ocasionada por el alimentante al no ejercer tal derecho y de esta manera hacer que la asistencia llegue a cumplir la finalidad para la cual esta destinada.

La sanción a esta seria la prescripción a la exigibilidad de esta acción con posterioridad a los cinco años ya que es un tiempo prudente, claro que luego de ese tiempo transcurrido podrá retomar su acción por el tiempo restante.

BIBLIOGRAFÍA

- Bellucio, Augusto - “Manual de Derecho de Familia” Tomo I Editorial Depalma.
- BOLIVIA - Sistema Legislativo Informatico Boliviano (Sileg)
- BOLIVIA - Código de Familia: Ley N° 996 del 4 de abril de 1988; esta edición incluye las reformas de acuerdo a la Ley N° 1760; supervisada por Jaime Moscoso; Editorial Juventud.
- BOLIVIA - Ley De Fianza Juratoria vigente desde 1996, Editores autorizados, Rep. De Bolivia.
- BOLIVIA - Ley De Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar: Ley N° 1760 De 28 De Febrero De 1997; Editorial Juventud,
- BOLIVIA - Constitución Política Del Estado Sancionada Por La H. Asamblea Constituyente 1966-1967 Promulgada el 2 de 1967 Ley de Reformas de La Constitución Política del Estado. Ley No. 2631 De 20 De Febrero De 2004.
- Borda, Guillermo A. - Manual de Derecho de Familia; Editorial Perrot; Buenos Aires - Argentina
- Bosserr, Gustavo A. y Zanoni, Eduardo A. – “Manual de Derecho de Familia” Ed. Astrea, Buenos Aires 1990
- Instituto de la Judicatura de Bolivia. Curso de Capacitación y Actualización Permanente

- Alcances y Efectos de la Asistencia Familiar (Juan Pereira)
- Alimentos –Derecho de Familia (Méndez–D'antonio)
- Asistencia Familiar (Paz Espinoza)
- Asistencia Familiar (Ramiro Samos)
- Conciliación Judicial en Asistencia Familiar (Rosmy Pol)
- Derecho a Asistencia Familiar (Rosario Rioja)
- Obligaciones Alimentarias – Derecho De Familia (Zannoni)
- Principios Comunes - Derecho de Familia (Borda)
- Procedimiento de Asistencia Familiar (Consuelo Taborga)

- Jiménez Sanjines, Raúl - 4ª Edición de la Teoría y Practica del Derecho de Familia. La Paz - Bolivia. Ed. “Popular” 1993
- Mancilla, Guido - Tesis de Grado, 1ª Ed. La Paz – Bolivia, Editorial Garza Azul, 2000.
- Morales Guillén, Carlos - Código de Familia, concordado y anotado, Edición Gisbert y Cia. S.A. 1ra. Ed.1997.
- Osorio, Manuel - Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales; Corregida Y Aumentada Por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Ed. Heliasta S.R.L.
- Paz Espinoza, Felix C. - El Matrimonio, Divorcio, Asistencia Familiar, invalidez matrimonial, Procedimientos, Modelos

2da Edición; Servicios Gráficos “Illimani”; La Paz-Bolivia.

Pereira Olmos, Juan - Alcances y efectos de la Asistencia Familiar Trinidad-Bolivia articulo aun no publicado.

Samos Oroza, Ramiro - Apuntes de Derecho de Familia. Tomo I Editorial Judicial; Sucre-Bolivia



ANEXOS

INVESTIGACIÓN DE CAMPO.- Esta investigación es hecha en base a encuestas con instrumentos llamados cuestionarios y con el fin de obtener datos primarios para su análisis, síntesis e interpretación referentes a los RESULTADOS.

A continuación se verán los cuadros resultantes y que muestran el procedimiento.

PRESCRIPCIÓN ASISTENCIA FAMILIAR

1. SI 40 NO 25 + 0 - 15

1.1. Para necesidades básicas de los hijos: educación, alimentación (monto no suficiente).

SERIE – RESPUESTAS SI = 8 sujetos

1.2. Dinero

2. SI 40 NO 40 + 0 -

2.1. No alcanza, gastos eventuales

3. 6 juzgado, 1 con el padre, 1 denuncia policía..

4. SI 50 NO 30

4.1 (SI) porque existen leyes que establecen la pensión y porque funciona como mecanismo de presión (coercitivo).

5. SI 30 NO 50

(No) porque no sirve para cubrir los gastos en los momentos de mayor necesidad, pues ya pasaron .

(Si) porque el hijo siempre tendrá necesidades especialmente en gastos de educación.

6. SI 20 NO 60

6.1. SI, 1- Se acelera el pago de pensiones, 1- que si no se lo pide para qué mantener ese derecho.

6.1.1.

3 años 10 5 años 10 10 años 20

40 no contestaron.

6.2. No no debe prescribir, entre más años esté vigente mucho mejor, sugerencia de que debiera ser retro activo.

7. Falta de conocimiento de cómo exigirla, falta de tiempo, falta de dinero para la demanda por concepto de abogado, se causan, son relativas, por vergüenza.

SERIE DE RESPUESTAS NO **70**

1.3. Porque recién se animaron, porque el fallo fue a favor del ex esposo (sobrino), no tiene trabajo.

2. No porque no la recibió

3. Se juzgado (60), a la policía (10)

4. NO **70**

4.1. Porque el monto es pequeño e insuficiente, parcialmente de los jueces con los hombres

5. SI **30** SI **40**

5.1. (SI) porque es útil en cualquier momento, especialmente estudios.

(NO) El dinero siempre es necesario especialmente cuando son pequeños porque la mujer no trabaja

6. NO **60** 1 no entendió y no respondió

6.1. 3 años 5 años 10 años

6.2. Porque hay más tiempo para exigirlo, dinero para abogado, no dejarlo con su “gusto” o que se haga la burla de sus hijos

7. Falta de conocimiento del “como”

Falta de dinero

- Esperan arreglar de a “buenas”
- Amenazas
- No pedía porque tienen apoyo familiar

SERIE RESPUESTA + O – = 5 sujetos

1.4. Porque recién la está pidiendo o peleando 2, antes cumplía pero ahora no, la otra no le deja

2. SI NO 40 + O – 10

2.1. (NO) Porque no cubre las necesidades de sus hijos

3. Con él, a la policía, al juzgado

4. NO 40

4.1. Porque el monto fijado no cubre las necesidades, debiera ser “automático”

5. SI 10 NO 30 NO SABE 10

(SI) necesita comer, vestir, estudiar

(NO) no se debe perder el derecho

6. SI NO 50

6.1. 3 AÑOS 10 resto no contestó

6.2. Recién la han animado, no deben dejarlo así, porque el dinero lo debería a sus hijos.

7. No hay tiempo, amenazas, falta de orientación la conocen cómo exigirlo, mala separación.

Una constante es que se recurre al juzgado causas: Por qué se agotó vía de diálogo y se opta por el juzgado como método coercitivo.

- Importante ver grado de instrucción
- Número de hijos
- Concepto de “función” no comprensible
- “Función” anterior, positiva?
- Concepto de “oportuno”
- Discernimiento de manutención y/o cubrir necesidades
- + o - = pasaba pensión y ahora no? Mutuo acuerdo? Dinero / especie

- Prescripción concepto explicar
- Discernir entre oportuna y suficiente

Lourdes Poma

Representante de mamás buscando dignidad y justicia

Seminario 31 de Julio en Gregorio Apaza

Nota.- El estudio por menorizado en relación a los resultados se presentará en Excel posterior a la necesaria revisión de este anexo.

