

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



TESIS DE GRADO

**“FUNDAMENTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONALES
PARA IMPLEMENTAR LA RETROACTIVIDAD
DE LA ASISTENCIA FAMILIAR”**

(Tesis para optar el grado de Licenciatura en Derecho)

POSTULANTE : JUAN CARLOS VISCARRA LÓPEZ

TUTOR : Dr. FÉLIX C. PAZ ESPINOZA

**LA PAZ – BOLIVIA
2012**

DEDICATORIA

A la memoria (+) de mis padres Emeterio Viscarra F. y Primitiva López M. con todo cariño y amor, quienes en vida me brindaron siempre su cariño y por los deseos de superación personal que me inculcaron.

A mi pequeña hija Anahí por su cariño y ternura que me inspiraron en el presente trabajo de investigación.

A mis amigos de trabajo por su gran apoyo moral para la culminación de mi carrera.

A mi hermana María Dolores Viscarra L. por su apoyo constante y comprensión y la confianza que siempre me tuvo.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Mayor de San Andrés, a los docentes de la facultad de Derecho por haberme impartido sus valiosos conocimientos y experiencia que nos son de gran importancia para nuestra formación.

En forma especial al Dr. Félix Paz Espinoza, asesor de la presente Tesis de Grado.

A la Dirección del Instituto de investigaciones por motivar e incentivar a la búsqueda de encontrar en las realidades sociales, la justicia en particular de aquellos sectores más necesitados.

Finalmente agradecer de manera general a todas aquellas personas, Instituciones judiciales y profesionales abogados por su enorme colaboración en la consecución del presente trabajo de investigación.

RESUMEN ABSTRACT

“FUNDAMENTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONALES PARA IMPLEMENTAR LA RETROACTIVIDAD DE LA ASISTENCIA FAMILIAR”

AUTOR: Juan Carlos Viscarra López

CARRERA: Derecho

La Ley fundamental del Estado Boliviano por medio del Ministerio de Justicia y demás Instituciones cumplen su más alta función social, de velar por la salud integral de los menores, niños y niñas y adolescentes que son el capital humano por significar éste su desarrollo mismo como sociedad. Sin embargo en el Sistema Judicial, particularmente existe una insuficiencia en cuanto a la Asistencia familiar ya que esta institución del derecho de familia se encuentra en una situación por demás carente de sus reales propósitos que es el de hacer cumplir las normas de carácter familiar es decir la asistencia familiar. Como se establece en el código de familia la asistencia familiar recién corre a partir de la citación con la demanda, empero se manifiesta una total injusticia de las muchas que ocurren en nuestra sociedad ya que las madres mas allá de su educación, o de su origen social son las que llevan a costas además de toda la etapa de gestación, se responsabilizan de la crianza, educación, salud y cubrir todas las necesidades que implica la asistencia familiar de sus hijos cuyos padres sencillamente rehúyen sus obligaciones de asistencia, y en muchos casos burlan las leyes que deberían proteger a los menores, originándose por tanto un alto índice de padres irresponsables que incumplen la norma. Considerar también que el bien jurídicamente protegido por la Nueva Constitución Política del Estado y leyes conexas es la familia y la asistencia familiar resguardando los derechos de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país.

PROPUESTA.

En base a la N.C.P.E., el código de familia, el código niño, niña adolescente, donde se menciona el imperativo que debe buscar el Estado, que es el de resguardar los derechos de los menores en su formación integral como futuros ciudadanos de la patria. El presente trabajo de grado propone un Anteproyecto de Ley, que consta de 1 Capítulo y 4, Artículos, para implementar la retroactividad de la Asistencia Familiar, mediante su incorporación en el Régimen jurídico de la Familia y la Asistencia Familiar del Código de Familia, y la modificación del proceso por audiencia para la fijación de Asistencia Familiar de la Ley N° 1760 adecuándolo a la retroactividad y la presunción de filiación de acuerdo a la nueva Constitución política del Estado en su Art. 95. Todo ello para lograr una real, efectiva y oportuna Asistencia Familiar a los menores como son los niños, niñas y adolescentes, futuros ciudadanos y capital humano del país.

“FUNDAMENTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONALES PARA IMPLEMENTAR LA RETROACTIVIDAD DE LA ASISTENCIA FAMILIAR”

ÍNDICE

Dedicatoria.....	i
Agradecimiento.....	ii
Resumen o abstrac.....	iii

INTRODUCCIÓN

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	1
1. ENUNCIADO DEL TÍTULO DEL TEMA	5
2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	5
3. PROBLEMATIZACIÓN	7
4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	8
4.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA	8
4.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL	9
4.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	9
5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	9
6. OBJETIVOS A LOS QUE SE HA ARRIBADO EN LA INVESTIGACIÓN..	12
6.1. OBJETIVO GENERAL	12
6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	12
7. MARCO TEÓRICO QUE SUSTENTA LA INVESTIGACIÓN	13
8. HIPÓTESIS DE TRABAJO DE LA INVESTIGACIÓN	15
8.1. VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN	15
8.1.1. Variable Independiente	15
8.1.2. Variable Dependiente	15
8.2. UNIDADES DE ANÁLISIS	15
8.3. NEXO LÓGICO	16
9. MÉTODOS QUE FUERON UTILIZADOS EN LA INVESTIGACIÓN	16
9.1. MÉTODOS GENERALES	16
9.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS	17
10. TIPO DE INVESTIGACIÓN	17

11. TÉCNICAS QUE FUERON UTILIZADOS EN LA INVESTIGACIÓN	18
11.1. TÉCNICA BIBLIOGRÁFICA	18
11.2. TÉCNICA DE CAMPO	18
11.3. TÉCNICA DE LA ENTREVISTA	18
11.4. TÉCNICA DEL CUESTIONARIO	19
11.5. TÉCNICA DE LA ENTREVISTA	19

CAPÍTULO I

LA ASISTENCIA FAMILIAR Y EL DERECHO DE FAMILIA _____ 20

1.1. CONCEPTO Y DEFINICIÓN	20
1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	22
1.2.1. Asistencia Familiar	23
1.3. CARACTERÍSTICAS DE LA ASISTENCIA FAMILIAR	25
1.3.1. Otras Características según La Doctrina Actual	27
1.4. LOS BENEFICIARIOS DE LA ASISTENCIA FAMILIAR	28
1.5. LOS OBLIGADOS A LA ASISTENCIA FAMILIAR	31
1.6. LA ASISTENCIA FAMILIAR Y LAS NECESIDADES IMPRESCINDIBLE DEL MENOR, QUE DEBEN SER CUBIERTAS OPORTUNAMENTE	32
1.7. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES DE FAMILIA EN LA ASISTENCIA FAMILIAR	34
1.8. LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN	35
1.9. LA FAMILIA Y SU NATURALEZA SOCIAL	39
1.10. LA IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR	41
1.11. FACTORES QUE DESTRUYEN O AMINORAN LA FUNCIÓN SOCIALIZADORA DE LA FAMILIA	41
1.12. EL DERECHO DE FAMILIA	44
1.12.1. Concepto	44
1.12.2. Concepto Moderno	45
1.12.3. Campo y Objeto de Estudio del Derecho de Familia	46
1.12.4. Autonomía del Derecho de Familia	47
1.12.5. Fuentes del Derecho de Familia	48
1.13. LEGISLACIÓN COMPARADA	49
1.13.1. Argentina	50
1.13.2. Chile	57
1.13.2.1 <i>Ingreso Ético en Chile</i>	61
1.13.3. Panamá	64
1.13.4. España	70

1.13.5. Perú	74
CAPÍTULO II	
RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y ASISTENCIA FAMILIAR	79
2.1. MARCO CONCEPTUAL.....	79
2.2. JUSTIFICACIÓN DE LAS LEYES RETROACTIVAS	82
2.2.1. Teoría Clásica de la Retroactividad	84
2.3. LA RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD EN DERECHO	85
2.4. LA ORIENTACIÓN TEMPORAL EN LAS NORMAS JURÍDICAS Y LA RETROACTIVIDAD	88
2.4.1. Aplicación de la Norma en el Tiempo	90
2.4.1.1. <u>Aplicación Inmediata de la Norma</u>	90
2.4.1.2. <u>Aplicación Ultrativa de la Norma</u>	90
2.4.1.3. <u>Aplicación Retroactiva de la Norma</u>	91
2.4.1.4. <u>Aplicación Diferida de la Norma</u>	92
2.4.2. La Teoría General del Derecho frente a la Aplicación de la Norma en el tiempo y la Retroactividad	93
2.5. DIFERENCIAS ENTRE LA ULTRACTIVIDAD Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY	98
2.5.1. Ultractividad de La Ley	98
2.5.2. Retroactividad de la Ley	99
2.6. MODALIDADES DE LA LEY RETROACTIVA	100
2.6.1. Retroactividad expresa o tácita	100
2.6.2. Retroactividad y su interpretación	101
2.7. RETROACTIVIDAD EN EL ÁMBITO CIVIL	102
2.8. LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES BOLIVIANAS	103
2.8.1. La Retroactividad de la ley y sus excepciones en la Constitución Política del Estado	103
2.9. LA CONSTITUCIÓN ESTABLECE LA RETROACTIVIDAD PARA INVESTIGAR Y SANCIONAR HECHOS LESIVOS AL ESTADO	104
2.10. CRÍTICA A LA LEY DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN	105
2.10.1 El porqué la Ley “Marcelo Quiroga Santa Cruz” puede ser denunciada en el sistema interamericano de Derechos Humanos	105
2.11. CRÍTICA A LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY	109
2.11.1. No existe Crimen sin Ley	111
2.11.2. Las Leyes son para el futuro	112

2.11.3. Naturaleza Jurídica del Principio de Irretroactividad de la ley ..	113
2.11.4. Fundamento de la Irretroactividad	114
2.12. RESPECTO A LA LEY ANTICORRUPCIÓN Y LA CRÍTICA	115

CAPÍTULO III

LA IMPORTANCIA DE LA RETROACTIVIDAD DE LA ASISTENCIA FAMILIAR, PRESERVANDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA FAMILIA _____ 117

3.1. EN SU FORMACIÓN INTEGRAL	117
3.2. EN SUS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	120
3.2.1. Comentario de los Artículos Precedentes	123
3.3. EN SU SEGURIDAD JURÍDICA	125
3.3.1. Habitación	125
3.3.2. Alimentación	125
3.2.3. Vestido	126
3.3.4. Movilidades	126
3.3.5. Esparcimiento	126
3.3.6. Educación	127
3.3.7. Salud	127
3.4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y SOCIALES DE LA RETROACTIVIDAD DE LA ASISTENCIA FAMILIAR	128
3.4.1. Fundamentos Jurídicos de la Retroactividad de la Asistencia Familiar	128
3.4.2. Fundamentos Sociales de la Retroactividad de la Asistencia Familiar	129
3.4.2.1 <u>Pautas para considerar el mejor interés del niño, niña</u>	130
3.4.2.2. <u>Alimentos a favor de los niños y niñas</u>	132

CAPÍTULO IV.

SISTEMA JURÍDICO Y PROCEDIMIENTO DE LA ASISTENCIA FAMILIAR EN BOLIVIA _____ 134

4.1. CARACTERÍSTICAS	134
4.2. IMPORTANCIA	135
4.3. FINES DE LA ASISTENCIA FAMILIAR	136
4.4. MODOS DE LA ASISTENCIA FAMILIAR	137

4.5. DERECHO A LA ASISTENCIA FAMILIAR	137
4.6. EL CUMPLIMIENTO DE LA ASISTENCIA FAMILIAR	138
4.7. CESACIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR	139
4.8. EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE HIJOS Y SUS EFECTOS JURÍDICOS	140
4.8.1. El Reconocimiento Expreso	140
4.8.2. El Reconocimiento por Separado	141
4.8.3. Reconocimiento hecho por mujer casada y por menor de edad	141
4.8.4. Reconocimiento de hijos concebidos y prematuros	142
4.8.5 Reconocimiento de hijo Mayor de Edad	142
4.8.6. Reconocimiento de hijo Fallecido	142
4.8.7. Irrevocabilidad del Reconocimiento	143
4.8.8. Prohibición de Reconocimiento en caso de Separación	143
4.8.9. Impugnación del Reconocimiento	144
4.9. LEY 1760 PROCESOS POR AUDIENCIA ART. 61-74. EL DERECHO DE FAMILIA	144
4.10. EL RÉGIMEN FAMILIAR EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO ..	148
4.11. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MENOR	150
4.11.1. Consideraciones Previas	150
4.11.2. Definición del Menor	151
4.12. EL CÓDIGO NIÑO, NIÑA ADOLESCENTE	153
4.13. LEY N° 3439 DE 2008 (GRATUIDAD DE LA PRUEBA DE ADN.)	154
4.14. LA CONCILIACIÓN EN LA ASISTENCIA FAMILIAR	155
4.14.1. Circular N° 04/09 emitida por el tribunal supremo de justicia del 17 de marzo de 2009	155
4.14.2. Que establece la actual Constitución Política del Estado y otras Leyes	158
4.14.2.1. Ley de Arbitraje y Conciliación	158
4.15. JURISPRUDENCIA SOBRE CONCILIACIÓN EN ASISTENCIA FAMILIAR ...	159
4.15.1. La Asistencia Familiar es exigible a partir de la firma del acta de conciliación	159
4.15.2. Es plenamente válida y exigible la asistencia familiar fijada por el acta de conciliación	159
4.15.3. Propuesta de Lineamientos Generales sobre procedimientos de Homologación y ejecución Forzosa de Actas	160

CAPÍTULO V	
TRABAJO DECAMPO	162
5.1. RESULTADOS GENERALES	162
5.1.1. Tablas de Resultados- Entrevistas realizadas a jueces y abogados	162
5.1.1.1. <u>Descripción, análisis e interpretación de Resultados del Cuestionario efectuado a jueces y abogados</u>	163
5.1.2. Tablas de Resultados- Cuestionarios efectuado actuarios, secretarías de Juzgados y Madres de Familia	176
5.1.2.1. <u>Descripción, Análisis e Interpretación de resultados del cuestionario efectuado a actuarios, secretarías de juzgados y madres de familia</u>	178
CONCLUSIONES	189
CONCLUSIONES GENERALES	189
LOGROS OBTENIDOS	189
RECOMENDACIONES	197
PROPUESTA: ANTEPROYECTO DE LEY 237	199
INTRODUCCIÓN	199
BASES DE ANTEPROYECTO DE LEY	200
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	201
NOMENCLATURA UTILIZADA	203
OBJETIVOS DEL ANTEPROYECTO DE LEY	204
TEXTO DEL ANTEPROYECTO DE LEY	205
BIBLIOGRAFÍA	208
ANEXOS	211

INTRODUCCIÓN

Actualmente, en nuestro país, infelizmente, el tema de la Asistencia Familiar, es relegado a un segundo plano, tanto en el análisis teórico, como en la Ley y lo que es peor, en la práctica.

Aproximadamente, según las estadísticas de la oficina de Defensa del Niño Internacional (DNI), en Bolivia, del 100% de la población que está en edad de recibir la Asistencia Familiar, solo lo hace un 42%, principalmente por los siguientes motivos:

1. Hijos no reconocidos.
2. Hijos reconocidos, pero abandonados, sin que exista ni siquiera compromiso escrito ante cualquier autoridad, que obligue al progenitor a prestar la Asistencia Familiar correspondiente
3. Hijos reconocidos con compromiso suscrito, pero que es incumplido por el progenitor obligado.
4. Hijos reconocidos, que no reclaman la Asistencia Familiar por ignorancia de la madre.
5. Hijos, cuyas madres han sufrido abandono de mujer embarazada.
6. Hijos que por defectos de su documentación, no cumplen con los requisitos de filiación respecto a sus dos progenitores, que impiden solicitar la Asistencia Familiar.
7. Hijos abandonados por ambos progenitores que no pueden probar documentalmente su filiación.

Por esa razón y fundamentándonos en la Nueva Constitución Política del Estado, que en su artículo 65, prescribe, el Derecho a la Identidad y la presunción de filiación, se buscan en la Tesis, los Fundamentos Jurídicos e institucionales para implementar en el Código de Familia, la Asistencia Familiar Retroactiva, con el objetivo de proponer soluciones a este magno problema, ya que de esa manera, la población que está en edad de recibir la Asistencia Familiar, lo podrá lograr

fácilmente, por haber desaparecido el principal impedimento para esto, que es la presunción de Filiación.

Además, al ser la Asistencia Familiar Retroactiva, influirá positivamente en los obligados, que deberán crear un sentido de responsabilidad y autodisciplina para no hacerse pisar con la Asistencia Familiar, en el entendido que esta es ineludible y también impediría el abandono de Familia y de Mujer embarazada, ya que actualmente, el principal motivo par que ocurra esto, es para librarse de la responsabilidad de la Asistencia Familiar, pero al saber que la asistencia más bien se estará incrementado y se podrá cobrar con carácter retroactivo, preferirán no tomar esa opción, o si la toman estarán conscientes de su responsabilidad y del riesgo que corren con el incumplimiento, creando de esta manera una cultura de costumbre y actitud, de responsabilidad y previsión completamente diferente a la actual, que es más bien de irresponsabilidad, insensibilidad y egoísmo.

El Estado dentro de sus prioridades, está en la obligación de proteger los recursos humanos, brindándoles protección jurídica para su formación y desarrollo integral como lo menciona en sus Artículos 58, 59, 60, 62, 64, 65 de la Nueva Constitución Política del Estado. El trabajo de investigación se ha separado de forma más objetiva para su mejor valoración e interpretación, por capítulos y en orden secuencial de la siguiente manera:

El **Capítulo I**, Corresponde a la Asistencia Familiar, haciendo énfasis en la responsabilidad de los padres. Los principales estudiosos, la doctrina actual su análisis en cuanto a las características de la asistencia familiar. Principalmente referido el análisis de las necesidades imprescindibles del menor que deben ser cubiertas por el padre que son en la mayoría los que rehúyen a su responsabilidad. También se hace referencia al Derecho de Familia sus fuentes y autonomía de la misma, así mismo al campo y objeto de su estudio según los tratadistas más notables del estudio del derecho de Familia. Se considera

además, la importancia, y los factores que aminoran la función más importante de la familia en la sociedad cual es la función socializadora en la que radica su importancia. Finalmente se considera la Legislación comparada para su análisis correspondiente.

El Capítulo II, Referido a la Asistencia Familiar y la retroactividad, temática de debate en el Derecho moderno, pero de significativa importancia para el planteamiento de la propuesta normativa del presente trabajo de investigación, tanto e en la historia, como en la coyuntura política de gobierno actual en Bolivia. Además de analizar sus principios, críticas, teorías, justificación de las normas retroactivas.

El Capítulo III, Se analiza la importante que puede llegar a significar la retroactividad de la asistencia familiar para preservar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Los que sirven de sostén y armazón sobre el cual descansa el trabajo de investigación. También se hace una fundamentación jurídica y social para la implementación de la retroactividad de la asistencia familiar.

El Capítulo IV, Sistema jurídico y procedimiento de la Asistencia Familiar en Bolivia. Y el código niño, niña y adolescente. Su análisis e importancia donde se revela que el sistema y procedimiento en materia de asistencia familiar los menores si bien no están desprotegidos pero al cotejarlo con la realidad se evidencia la insuficiencia de la norma. También se hace referencia a la nueva C.P.E. Sobre los derechos de las Familias.

El Capítulo V, se observa la tabulación, análisis e interpretación de los resultados obtenidos en el **trabajo de campo**, datos que fueron obtenidos a través de entrevistas y efectuadas a autoridades judiciales, como también se empleó cuestionarios profesionales abogados especialistas en materia familiar con

preguntas dirigidas para conocer su posición al respecto. Los resultados reflejan su acuerdo y apoyo en la necesidad de la implementar la retroactividad en la Asistencia Familiar.

Finalmente se encuentran las **conclusiones** y recomendaciones de todo el trabajo de investigación; en esta parte se hace énfasis a la posición y la necesidad de implementar la retroactividad de la asistencia familiar. Y por lo mismo la presente Tesis concluye con una **Propuesta Normativa; un anteproyecto de Ley** que establecerá la retroactividad de la Asistencia Familiar, argumentando sus motivos para preservar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

La conclusión esencial es que la implementación de la retroactividad en todo el Sistema Normativo de Asistencia Familiar debe sujetarse a la presunción de filiación según la nueva Constitución del Estado, es decir La asistencia familiar debe “correr” desde el reconocimiento del hijo o al menor como padre progenitor.

1. ENUNCIADO DEL TÍTULO DEL TEMA.

“FUNDAMENTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONALES PARA IMPLEMENTAR LA RETROACTIVIDAD DE LA ASISTENCIA FAMILIAR”

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

En forma cotidiana escuchamos en las distintos ámbitos de trabajo en las calles y en forma particular en los distintos juzgados de materia familiar donde se ventilan los procesos de asistencia familiar la parte afectada en su mayoría madres de familia que luchan por sus derechos no sólo de ellas sino especialmente la de sus hijos.

Entonces la asistencia familiar como un derecho de los hijos menores de edad que fueron dejados por padres irresponsables quienes generalmente rehúyen a esta obligación que además es penada por la Ley Penal.

Es sin duda alguna una de las muchas injusticias que ocurren en nuestra sociedad, sin embargo aunque una vez entablada la demanda judicial correspondiente el padre irresponsable recién está obligado con la asistencia a partir de la citación con la demanda.

Sin embargo en estos procesos de carácter familiar se observa esta problemática social y uno se pregunta ¿Qué de los meses e incluso de los años en que la madre ha llevado a costas todo la responsabilidad del sustento del hijo cuyo padre simplemente a burlado la buena fe de una mujer y lo que es peor del sistema de la administración de justicia.

Tener en cuenta además las penurias de una mujer madre joven que al verse en la situación de embarazo padece no solo lo que implica el llevar todo el

proceso de gestación hasta el nacimiento, no siempre tiene el apoyo de sus familiares sino moralmente también padece más aún en la parte económica es la que asume toda responsabilidad de criar, educar y cubrir todas las necesidades que implica la asistencia familiar.

Las leyes en materia familiar si bien contemplan la asistencia familiar como un mecanismo jurídico social para resguardar la situación de los hijos menores en particular son insuficientes porque no protegen la dignidad de las madres ni mucho menos de los hijos que desde que son concebidos sufren las consecuencias de padres irresponsables que lamentablemente incumplen esta natural obligación de asistencia familiar.

Aunque la situación de falta de conocimiento en educación moral y los factores económicos y sociales nos digan la imposibilidad debemos más bien pensar en el bien jurídicamente protegido por el mismo Estado que es la familia y los deberes de asistencia familiar para los menores que son los recursos humanos de un país y finalmente no se puede aceptar a niños con la carencia de las más mínimas condiciones de vida que son la buena alimentación, salud, etc. porque lo contrario tiene consecuencias en la vida futura del menor ya sea en lo psicológico y emocional pues crecerá como una persona ausente de la asistencia familiar e integral y cuyo origen está en la no asistencia oportuna como derecho amparado por la ley fundamental de un Estado

Por tanto es necesario que en pro de la justicia para estas mujeres y menores, más allá de las barreras sociales sean o no profesionales o de sectores de bajos recursos económicos. **El padre debe asumir con su obligación de asistencia familiar en forma retroactiva desde el reconocimiento como padre de un hijo no sólo por obligación legal sino por atender contra las más imperiosas necesidades naturales humanas.**

Aunque la situación de falta de conocimiento en educación moral y los factores económicos y sociales nos digan la imposibilidad debemos más bien pensar en el bien jurídicamente protegido por el mismo Estado que es la familia y los deberes de asistencia familiar para los menores que son los recursos humanos de un país y finalmente no se puede aceptar a niños con la carencia de las más mínimas condiciones de vida que son la buena alimentación, salud, etc., porque lo contrario tiene consecuencias en la vida futura del menor ya sea en lo biológico, psicológico y emocional pues crecerá como una persona ausente de la asistencia familiar e integral y cuyo origen está en la no asistencia oportuna como derecho amparado por la Ley fundamental de un Estado.

Por lo considerado, el objeto de investigación es; la falta de Institutos jurídicos e institucionales que regulen de mejor manera y sean realmente suficientes en cuanto a sus propósitos, la asistencia familiar para proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes

3. PROBLEMATIZACIÓN:

- ☐ ¿Por qué el código de familia contempla la obligación de asistencia familiar sólo o recién a partir de la citación con la demanda, cuando los afectados como son el hijo concebido y la madre necesitan o requieren imprescindiblemente mucho más antes inclusive desde el nacimiento?
- ☐ ¿Por qué dentro del código familiar no existe la consideración de la retroactividad de la asistencia familiar para el menor y madre?
- ☐ ¿Cómo establece el código de familia la asistencia familiar en diferentes casos?

- ☐ ¿Cuál es la reacción de los beneficiarios de la asistencia frente a esta insuficiencia de la norma familiar?
- ☐ ¿Cuál es la responsabilidad legal de los progenitores particularmente del varón?
- ☐ ¿Hasta dónde la ley 1760 y la propia C.P.E. protege a los menores de vivir en condiciones dignas?
- ☐ ¿Cuál es la importancia de implementar en la normas de carácter familiar la retroactividad de la asistencia familiar?
- ☐ ¿No será que al insertar la retroactividad en los procesos de asistencia familiar se logrará coadyuvar en la responsabilidad y efectivizar la real obligación del padre y la protección de niños menores que carecen de ese derecho fundamental a la existencia digna?

4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

4.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.

El presente trabajo de investigación se ha enfocado desde el área jurídico-social porque es ahí donde se realizó el análisis de las normas que responden en forma real, concreta y efectiva a los requerimientos de la familia y la sociedad en general, a las necesidades que ésta tiene, de tal forma que la ley deberá acomodarse a las exigencias de la familia y el menor en estado de necesidad para satisfacer estos requerimientos. Y entre otros requerimientos se encuentra la protección de la familia y la integridad del ser humano tanto en el

aspecto biológico, moral y social para que así el pueda desarrollarse en armonía con la naturaleza es decir en condiciones de vida adecuada y digna.

4.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL.

Nuestro trabajo se remontó desde el año 1997, hasta el presente por las características de los fenómenos sociales y cambios efectuados en los diferentes ámbitos de la sociedad boliviana y en particular por la relajada conducta ética y moral muy venida a menos de los padres o progenitores.

4.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL.

El trabajo se realizó en la ciudad de El Alto por considerar una de las sociedades con más incidencia sobre esta problemática y por la situación de necesidad de muchas de las familias y menores sin la asistencia debida, particularmente de los barrios más humildes., así mismo se investigó en Instituciones del poder judicial respecto del tema y objeto de investigación.

5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

El tema fundamentalmente demuestra que el código de familia y la Ley de Abreviación Procesal y de Asistencia Familiar si bien contempla la obligación de la asistencia familiar de los padres, pero no logra los objetivos reales que persigue la ley fundamental o la Constitución Política del Estado cual es la de garantizar el sustento y las condiciones de vida de la persona y en especial de los niños, niñas y adolescentes. Los muchos casos que se ven en nuestra realidad social particularmente entre las clases llamadas de bajos recursos económicos y carentes de educación son las mujeres de esta clase las que más

son objeto de esta injusticia porque con ellas no sólo llevan consigo el sufrimiento de ellas como personas frustradas en su vida, en sus aspiraciones sino la de sus hijos quienes en consecuencia sufren más y simplemente sobreviven con muchas carencias que la asistencia oportuna les daría.

Nuestro país Bolivia ha sufrido desde la década de los años ochenta con el Decreto 21060 cambios sociales que afectan la vida del trabajador y su familia y que este modelo económico neoliberal, como consecuencia la sociedad boliviana se ha convertido en capitalista y dependiente hecho que afecta a los trabajadores por la llamada libre contratación. Es decir que el trabajador se vio afectado en sus fuentes laborales y el desempleo se agudizó y como consecuencia los trabajadores como padres de familia se vieron con problemas en sus obligaciones con sus familias.

Y en los últimos años se ha observado que pese a una recuperación en la economía del país en materia de empleos no es menos cierto que padres y madres tienen que salir a trabajar dejando de atender a sus hijos sea en la venta de algunos artículos para sobrevivir encontrando en el comercio informal una fuente de empleo.

En este contexto social donde se ven las actividades económicas marcadas por la competitividad, el consumo y la publicidad por los medios de comunicación masivo lleva a la sociedad a un proceso de distanciamiento y deshumanización entre los miembros y padres de familia, sobre todo perdiéndose los valores superiores y que toda sociedad debe preservar, y en busca del bienestar de toda su población.

Por otra parte los padres sumidos en esa pérdida de valores se han convertido en padres desnaturalizados por descuidar sus obligaciones familiares en asistirles a sus hijos menores principalmente, sin embargo pese a las

condiciones económicas malas o buenas que atraviesa el trabajador como padre sigue burlando su obligación y negándole el **derecho fundamental que tienen los hijos más aún si son menores y viviendo una situación económica siempre precaria de las familias de escasos recursos económicos.**

“Tener niños es fácil para nosotros, lo difícil es educarlos y llevarlos a un estado óptimo de cubrir sus necesidades básicas de la vida como son: comida, vestimenta, habitación, salud y educación integral”¹

Por tanto es de suma importancia para nuestra sociedad en general la de reducir de manera significativa estos hechos es necesario implementar la retroactividad de la asistencia familiar para que la norma reguladora en esta materia pueda en forma oportuna obligue a ser más responsables a los padres que rehúyan a su obligación con sus hijos a cumplir en forma real con la asistencia a los mismos, tal como la naturaleza exige al padre progenitor.

No es posible aceptar y permitir que se dañe y se ponga en riesgo la salud física y emocional de los menores ni tampoco con sus necesidades más imprescindibles. Considerando además que el bien jurídico protegido es el deber de asistencia familiar.

Por lo fundamentado presente tesis lleva como título de tema: **“FUNDAMENTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONALES PARA IMPLEMENTAR LA RETROACTIVIDAD DE LA ASISTENCIA FAMILIAR”**, mismo que pretende ser un aporte para superar de una vez la insuficiencia de las normas familiares y terminar con la irresponsabilidad de padres que no asumen sus obligaciones

¹Cuba, Juan; “Niños brillantes”, 2003

que es la de otorgar la asistencia familiar como el Código de Familia y la nueva Constitución del Estado lo establece

6. OBJETIVOS A LOS QUE SE HA ARRIBADO EN LA INVESTIGACIÓN:

6.1. OBJETIVO GENERAL:

Demostrar la insuficiencia de las disposiciones legales en materia de asistencia familiar por estar en contra de la oportuna asistencia a los menores y alternativamente proponer disposiciones jurídicas e institucionales que permitan la retroactividad de la asistencia familiar.

6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Demostrar que las normas en materia familiar sobre la asistencia a los menores es insuficiente.
- Demostrar que la madre y los menores de edad no reciben en forma oportuna la asistencia familiar.
- Demostrar que los padres irresponsables si es que cumplen con su obligación lo hacen en forma extemporánea a las reales necesidades de los hijos.
- Analizar el código de familia y el código niño, niña y adolescente en su referencia asistencia familiar, la incidencia que puede tener el mismo en la adecuada formación de los recursos humanos.

- Sugerir alternativas efectivas para la implementación en la ley 1760 y en el código de familia la extensión del momento en que se inicia la asistencia familiar es decir la retroactividad de la misma para efectivizar las garantías que debe brindar la seguridad jurídica de los menores como futuros ciudadanos.

7. MARCO TEÓRICO QUE SUSTENTA LA INVESTIGACIÓN.

El marco teórico se hace bajo el enfoque de las corrientes filosóficas del Derecho, el Positivismo Sociológico que señala que el Derecho es un instrumento para la mejora del orden y convivencia social y económica, por tanto es un instrumento de la sociedad civilizada que debe buscar el equilibrio en la sociedad. A fin de descubrir en ella como las Instituciones jurídicas se han formado y transformado, como ser la familia, etc. Por tanto la norma debe ser ante todo muy objetiva por ser expresión fiel de la realidad.

También se apoya en la Escuela Sociológica del Derecho que sostiene que el derecho cambia de acuerdo a los requerimientos sociales que es a estos requerimientos a los que debe su existencia. Se debe partir de la premisa que la sustentación teórica tiene como punto de partida la denominada seguridad jurídica conocida esta como las garantías que ofrece el sistema jurídico de mantener a las personas en el goce de sus derechos fundamentales que les han sido reconocidos. Siendo además que la seguridad jurídica a más de ser una aspiración es una convicción de existencia de una determinada sociedad.

Por otra parte los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Estado son considerados, como plantea Rafael Bielsa, Derechos subjetivos públicos que tienen las personas consideradas individuales o colectivamente y protegidos por medios jurisdiccionales. Bajo este contexto que

el trabajo de investigación se nutre teóricamente para el análisis de la situación de padres que no cumplen con la asistencia familiar de manera oportuna causando en consecuencia el daño a los beneficiarios de la asistencia que son los menores en su generalidad y que entre las consecuencias está la existencia de niños que trabajan a temprana edad ayudando a sus madres que sufren la irresponsabilidad de estos padres.

Por tanto más allá de factores socio económico y laboral que sufren los trabajadores de los distintos sectores laborales y que afectan a sus ingresos económicos; y se diría que es una razón para el incumplimiento de la asistencia adecuada a sus hijos, no menos cierto es que existen padres que en su mayoría realmente rehúyen a su compromiso y más aún a su obligación legal de asistirles a sus hijos sea dentro o fuera del matrimonio a una adecuada y oportuna provisión de alimentación, vestido, vivienda, educación y salud. Y que en la realidad concreta se reducen sólo a lo indispensable que en muchos casos no cubren las mínimas necesidades del menor necesitado.

Por lo que se determina la insuficiencia de las disposiciones legales y las Instituciones creadas para cumplir el fin de la justicia traducido en la obligación de los padres de apoyarles económicamente a los hijos particularmente menores y pequeños infantes que son consecuencia de su irresponsabilidad, esto debido a la carencia de una falta de lectura de la realidad de los menores y madres que por diferentes circunstancias de la vida sufren éstas injusticias, sumándose a ello la no existencia en nuestros procedimientos jurisdiccionales en materia familiar una tabla sobre el monto a fijarse para la asistencia, dejando en forma limitada la función del juzgador a criterios muchas veces alejados de la realidad económica del obligado y los beneficiarios de la asistencia familiar.

8. HIPÓTESIS DE TRABAJO DE LA INVESTIGACIÓN.

La implementación de mecanismos jurídicos e institucionales a favor de los niños, niñas y adolescentes, permitirá la reglamentación de la retroactividad para una efectiva asistencia familiar

8.1. VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN.

8.1.1. Variable Independiente.

La implementación de mecanismos, jurídicos e institucionales para la retroactividad en la asistencia familiar en favor de los niños, niñas y adolescentes.

8.1.2. Variable Dependiente.

Permitirá la retroactividad efectiva de la asistencia familiar

8.2. UNIDADES DE ANÁLISIS

- La Asistencia Familiar. Como Institución del Derecho de Familia para el análisis y reflexión sobre su real aplicación y alcances en las normas vigentes
- Derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, de primera generación.
- Seguridad jurídica como parte de la doctrina del derecho, referida a otorgar que todo menor susceptible de asistencia tenga la protección jurídica concerniente a sus derechos establecidos en la carta magna.

- Niños, niñas y adolescentes., durante su desarrollo carecen de una real y suficiente atención de las normas familiares vigentes, mujeres abandonadas, escasos recursos económicos, y familias desintegradas
- Derechos humanos y Constitucionales. Las familias en cuanto a su conocimiento sobre la importancia de su derecho a vivir dignamente.

8.3. NEXO LÓGICO

La insuficiencia de las normas en materia familiar, en cuanto a la asistencia familiar efectiva y oportuna.

9. MÉTODOS QUE FUERON UTILIZADOS EN LA INVESTIGACIÓN.

9.1. MÉTODOS GENERALES.

Para la elaboración del marco teórico se utilizó los siguientes métodos:

Método deductivo.- Nos permitió conocer los principios del código de familia y el código niño, niña y adolescente, para establecerla insuficiencia de estas normas de carácter familiar.

Método Analítico sintético.- Nos permitió construir teóricamente los casos de menores sin asistencia familiar debida, a partir de un análisis por minorizado de los factores sociales, económicos y familiares; para luego determinar por medio de sus partes constitutivas del caso las causas, efecto y consecuencias del incumplimiento de la asistencia.

9.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS.

Para la demostración práctica de la hipótesis propuesta se utilizó los siguientes métodos:

Método Teleológico.- Nos permitió conocer cuál es el bien jurídico protegido por el derecho de familia y como se materializa en el código de familia y código niño, niña y adolescente en la vida de los menores.

Método comparativo.- Nos permitió establecer diferencias entre los menores con una oportuna y adecuada asistencia y aquellos que carecen de esa oportuna y adecuada asistencia familiar.

Método Exégesis.- Nos permitió conocer cuál fue el ánimo o espíritu del legislador para no incluir la retroactividad de la asistencia familiar, o porque estableció simplemente desde la citación con la demanda de la misma.

10. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

La tipología del presente trabajo de investigación es de tipo: Jurídico Propositivo, porque centro su atención en proyectar mecanismos jurídicos e institucionales para implementar la retroactividad de la asistencia familiar con la finalidad de proteger a los menores. Por lo mismo la tesis concluye con una Propuesta Normativa “**Anteproyecto de Ley, que implementa en el Código de Familia la Retroactividad de la Asistencia Familiar, para preservar los Derechos Fundamentales de los niños, niñas adolescentes**”.

11. TÉCNICAS QUE FUERON UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

Entre las técnicas que se ha utilizado en la tesis citamos a las siguientes:

11.1. TÉCNICA BIBLIOGRÁFICA.

Permitió elaborar un conjunto de datos precisos y detallados de los textos, publicaciones o partes de los mismos, lectura de libros, documentos relativos a la problemática de la asistencia familiar; así como también la transcripción de uno o más párrafos para complementar, aclarar y definir aspectos e ideas principales del tema de la tesis. Elaborando fichas bibliográficas de distinta clase.

11.2. TÉCNICA DE CAMPO.-

Permitió la observación directa con las personas madres y menores y su realidad con referencia a la asistencia debida, También en forma indirecta entrevistándonos con personas que trabajan en los juzgados de familia, jueces, secretarios, oficiales de diligencia y auxiliares, y leyendo expedientes de procesos de asistencia familiar en distintos casos. Para obtener datos fidedignos, técnicos y correctos.

11.3. LA TÉCNICA DE LA ENTREVISTA.

Sirvió para reunir datos e información sobre la situación actual de la asistencia familiar y la implementación de la retroactividad de la misma. Y recolectar expresiones sobre el tema rescatando experiencias importantes para la investigación. Las entrevistas fueron “dirigidas” con cierto número de preguntas.

11.4. TÉCNICA DEL CUESTIONARIO.-

Se realizó esta técnica con el fin de obtener información por medio de preguntas, estructuradas previamente relacionadas a la problemática planteada, el cual se aplicó al objeto de investigación (Unidades de análisis), se hizo a las personas más involucradas en el tema que son las madres, padres como obligados a la asistencia familiar, también a profesionales abogados con especialidad en derecho de Familia. Esto nos permitió llegar de manera directa a la fuente viva de la información y conocer los diferentes problemas e intereses de los afectados que son los menores carentes de la asistencia familiar debida.

11.5 TÉCNICA DE LA ESTADÍSTICA.-

Se utilizó esta técnica una vez recopilada todos los datos de la investigación de campo, para describir, tabular e interpretar las respuestas y determinar porcentajes en el trabajo de campo

CAPÍTULO I

LA ASISTENCIA FAMILIAR

1.1. CONCEPTO Y DEFINICIÓN.

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 divorcio.

1.1.1 Asistencia Familiar.

La asistencia familiar y la obligación alimenticia es aquella en cuya virtud una persona se encuentra obligada a proveer de alimentos, a favor de un pariente necesitado de ellos, como por ejemplo, la obligación alimenticia del padre a favor de los hijos”²

“La asistencia familiar está definida como la ayuda y auxilio económico o en especie que otorgan los padres a sus hijos menores de edad que por alguna razón no viven con ellos, como el caso del divorcio, la separación judicial o de hecho y otras causas; o de otra manera, que siendo mayores de edad se encuentran incapacitadas física o intelectualmente para auto sustentarse, como ocurre en el caso de los débiles mentales o discapacitados”³

“La asistencia familiar es la cantidad de dinero o especies que los padres u otros parientes obligados por ley deben pasar a sus hijos o personas con derecho a recibirla, para satisfacción de sus necesidades, tanto biológicas (alimentación, vestimenta, habitación, atención médica), cuanto sociales

²Jiménez Sanjinés, Raúl “teoría y practica de Der. De Fam.” Edit. Popular 4ta. Edición, La Paz- Bolivia

³Paz Espinoza, Félix. “Matrimonio, divorcio y asistencia familiar” Edit. Gráfica Gonzales. La Paz- Bolivia

(educación, profesionalización y recreación) que le permita una vida digna del ser humano”⁴

La obligación alimentaría tiene su fuente por excelencia en la Ley. En efecto la ley apoya da en el parentesco estrecho que existe entre las personas establece la obligación de proveer alimentos a los parientes necesitados o indigentes empero el legislador sea ocupado de esta materia solo en el matrimonio, actualmente tiene también su origen en el vínculo estrecho que una a los parientes.

La obligación alimentaría puede tener su origen en una disposición testamentaria como por ejemplo cuando un testador ha instruido llegado con la carta de proveer a la alimentación de tal o cual persona.

Finalmente la obligación alimentaría, puede tener su origen en el simple convenio de las partes. La ley establece tres categorías de personas que se hallan sujetos a la obligación alimenticia.

1.- Entre los esposos los esposos se deben mutuamente fidelidad, socorro y asistencia.

2.- Entre los parientes que se encuentran en línea directa ya sean matrimonial o extramatrimoniales.

3.- Entre ciertos afines y los parientes adoptivos.

Límites y cesación de la asistenta familiar para que la asistencia familiar sea procedente, es necesaria:

⁴Villazón D., Martha. “Familia, niñez y sucesiones” Edit. Judicial 2da Edición. Sucre- Bolivia 2000 Pag. 3

- 1.- Que el alimentario tenga necesidad de ser alimentado.
- 2.- Que el obligado a prestar los alimentos se encuentre en posibilidad de otorgarlos.
- 3.- Que el obligado sea el pariente más próximo de alimento.

1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La obligación de prestar alimentos y el correlativo derecho de solicitarlos, se conocían desde la antigüedad. Los griegos establecieron la obligación del padre, en relación a los hijos, y estos hacia aquel, recíprocamente. El deber de los hijos para con sus ascendientes se quebrantaba en situaciones determinadas de antemano. Entre ellas, la prostitución de los hijos aconsejada o estimulada por los padres. El Derecho griego también reglamentó la facultad de la viuda o divorciada para pedir alimentos.

Los romanos en el antiguo Derecho, admitían tan solo para aquellos que estaban sometidos a la patria potestad el Derecho de solicitar alimentos. Más tarde se amplió el campo de aplicación engrosándose con obligaciones recíprocas entre descendientes y emancipados. Pudiendo en una evolución posterior derivar de una convención, de un testamento, de una relación de parentesco, de patronato y de tutela.

El Derecho Germánico también reconoció la obligación alimentaria, de carácter familiar. Hallándose, al mismo tiempo, reglamentada alguna que otra situación jurídica que excedía del derecho familiar como la donación de alimentos.

La legislación española reglamento el procedimiento, modalidades y características de las obligaciones alimentarias, desde las Partidas (Partida 3ª, tít. 2, Ley 32 id. 4ª, tít. 19).

En el Derecho feudal conociese la obligación alimentaria entre el señor y el vasallo, como asimismo en el ámbito familiar, de acuerdo a las características de régimen.

El Derecho canónico a su vez, extendió el radio de aplicación, consagrando obligaciones alimentarias extra familiar.

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 religiosos (naturaliaratio, caritas sanguinis, etc.) por razones jurídicas consagradas en la Ley, o admitidas dentro del sistema general de ideas que inspira el ordenamiento legal.

1.2.1. Asistencia Familiar.

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 indiferentes a todos los problemas que le creaban factores múltiples, emergentes de la industrialización creciente; contribuyendo con ello a su debilitamiento y disolución.

Sin embargo, la jerarquía del núcleo familiar ha sido exaltada al plano constitucional, dado la cohesión que representa, para 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 autor, que el “siglo XX, el sentido social del Derecho no es solo una doctrina, no es solo una escuela jurídica, sino la vida misma”.

Las Constituciones más avanzadas, como la de Méjico 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 las de Italia de 1947, artículo 29, y la Argentina de 1949, reconocen plenamente la familia “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 que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines.

Intervención estatal.- Es que la intervención estatal se había hecho tanto más necesaria cuanto mayor era la perdida 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 solo se desintegraba por obra del individualización y el maquinismo capitalista, sino que factores internos perturbadores, incidían sobre la medula 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, terminaban dislocando totalmente este núcleo primario y fundamental para la organización de 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 acentúa frente a los modos de conducta que implica 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 Derecho Penal, la denominación de “incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

1.3. CARACTERÍSTICAS DE LA ASISTENCIA FAMILIAR.

Las principales características de la asistencia familiar son las siguientes:

- a)** Es obligatoria.
- b)** Comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, el vestido, la atención médica, los gastos de educación y los necesarios para que adquiera una profesión u oficio.
- c)** Solo puede ser pedida por quien se halla en situación de necesidad y no está en posibilidades de procurarse los medios propios de subsistencia.

- d)** Los obligados a prestar la asistencia familiar, por orden de prestarla, son: el cónyuge, los padres, y en defecto, los ascendientes más próximos de estos, los hijos y en su defecto, los descendientes más próximos de estos, los hermanos, con preferencia los de doble vínculo sobre los unilaterales y entre estos los maternos sobre los paternos, los yernos y las nueras, el suegro y la suegra.
- e)** Puede existir concurrencia de obligados.
- f)** La asistencia familiar se fija en proporción a la necesidad de quien la pide y a los recursos del que debe darla.
- g)** Se cumple en forma de pensión o de asignación pagadera por mensualidades vencidas y corre desde el día de la citación con la demanda.
- h)** El juez puede autorizar, a proposición de parte, un modo subsidiario de suministrarla.
- i)** Es irrenunciable e intransferible cuando se trata de menores o incapaces.
- j)** El obligado no puede oponer compensación por lo que le adeude el beneficiado.
- k)** Son inembargables.
- l)** No tienen carácter permanente puede reducirse o aumentar de acuerdo a la disminución o incremento que se opera en las necesidades del beneficiario o en los recursos del obligado.

1.3.1. Otras Características según la Doctrina Actual.

Algunos tratadistas como el Dr. Félix Paz Espinoza complementan con algunos otros caracteres, para conocer los alcances y prerrogativas de las que goza este Instituto del Derecho. Como ser:⁵

1) Es irrenunciable

La asistencia familiar se caracteriza por ser de interés social, derivada de las relaciones familiares y sociológicas, y es de orden público porque es la ley que dispone y señala, las personas obligadas a prestarla conforme a un orden establecido de acuerdo con el grado de parentesco que vincula al obligado y los beneficiarios.

2) Es intransferible o intransmisible.

Según nuestra legislación, el deber de prestar asistencia familiar es personalísima para el obligado, lo mismo que beneficiarse de ella es personal para el acreedor, por eso solo puede ser demandado por quien se encuentra en estado de necesidad y otorgado por quien se encuentra en capacidad de brindarla. El beneficiario no puede transferir o ceder ese derecho a título gratuito u oneroso a otra persona, ni transmitirla a sus herederos mediante sucesión legal o testamentaria, en vista de que se trata de una asignación destinada a satisfacer únicamente las necesidades vitales del beneficiario, el derecho es intuitu persona, y porque teniendo el carácter de personalísima, se extingue con la muerte; la misma cualidad adquiere para el obligado, quien no puede transferir o subrogar la obligación de satisfacer la asistencia familiar a una tercera persona.

⁵ PAZ E. FÉLIX C. Pág. 188 “El Matrimonio, Divorcio y Asistencia Familiar”

3) No es compensable.

En principio, el obligado no puede oponer compensación por lo que le adeude el beneficiario. Siendo la asistencia familiar un derecho que nace de la necesidad, se funda en una idea humanitaria que tiene por objeto inmediato que el alimentario satisfaga sus necesidades vitales, lo contrario significaría poner en riesgo su vida y su salud, es por eso que la ley sanciona con nulidad conforme al Art. 946 Cód. Civil.

4) Es de orden público y coercible.

La obligación de la asistencia familiar deriva del imperio de la ley, por lo que su cumplimiento inexcusable y coercible, estando sujeto al apremio corporal del deudor. Por otra parte, el Código de Familia dispone la hipoteca legal sobre los bienes del deudor, que puede ser inscrito o anotado preventivamente en la oficina de Registro de Derechos Reales de oficio por el juez que conoce el proceso, todo ello según norman los artículos 149, parágrafo segundo del Código de Familia y 70 de la ley N° 1760 de 28 de febrero de 1997, denominado Ley de Abreviación procesal Civil y de Asistencia Familiar.⁶

1.4. LOS BENEFICIARIOS DE LA ASISTENCIA FAMILIAR.

Los beneficiarios de la asistencia familiar, son en primer lugar el cónyuge, los hijos y en su defecto los descendientes más próximos de estos. También en casos extraordinarios, se puede prestar asistencia a los hermanos mayores y a los afines. Además, en caso de adopción, dentro de los límites establecidos por el parentesco civil o adoptivo, según el Art. 12 del Código de Familia.

⁶ PAZ E. FÉLIX C. Pág. 194 “El Matrimonio, Divorcio y Asistencia Familiar”

Por otra parte, según nuestras leyes quienes deben beneficiarse con la asistencia familiar deben cumplir y acreditar la existencia de un vínculo jurídico entre quien demanda la asistencia, beneficiario, y la persona a la que se demanda, o sea el obligado, en este caso el padre de familia, pero lo más esencial para esta asistencia es que esté reconocido legalmente mediante la presentación del respectivo Certificado de Nacimiento.

Por lo tanto, no puede existir la demanda de asistencia familiar si no está reconocido legalmente ante las autoridades pertinentes, o sea no existe ningún vínculo jurídico entre el demandante y el obligado.

Esta asistencia familiar no puede tener el afán de lucro de parte del demandante, tomando en cuenta que el obligado no esté en condiciones de cumplir con esta asistencia que no es irrenunciable y menos transable, esto quiere decir que el obligado deberá asistir en forma obligatoria, pero, que se demuestre que el obligado tiene los suficientes recursos económicos, como para asistir económicamente, cuando la parte que demanda solicita esta asistencia de sumas muy elevadas.

En lo relacionado a Necesidad que tienen los hijos, el autor Guillermo Borda afirma: “que no pueda adquirirlos con su trabajo. No se trata de proteger a los haraganes no a quienes no encuentran trabajo que les cuadre. Es necesario que medie una enfermedad, accidente, que el accionante sea un niño o un viejo, que haya esta social de desocupación”⁷

Si analizamos el código de familia en su artículo 20 (Requisitos para la petición de asistencia) establece lo siguiente: la asistencia solo puede ser pedida por quien se halla en situación de necesidad y no está en posibilidades de procurarse los medios propios de subsistencia.

⁷Samos Oroza, Ramiro “Apuntes de derecho de Familia” Edit. Judicial Sucre- Bolivia 1995 Pag. 69

Esto quiere decir que todo niño recién nacido tiene todo el derecho de pedir esta asistencia porque es una Necesidad y no está en posibilidades de procurarse los medios propios de subsistencia. Y también porque como niño no puede realizar ninguna actividad que le pueda generar ingreso alguno, y que a la vez está protegido por el Código Niño, Niña y Adolescente, Ley N° 2026, y donde el niño no debe demostrar en forma especial su situación de estricta necesidad y la imposibilidad de satisfacer por si mismo lo que requieren para el sustento diario.

Pero aquí es muy necesario tomar en cuenta el Artículo 14 del presente código donde dice: (extensión de la asistencia). La asistencia familiar comprende todo lo indispensable para el sustento, la habitación, el vestido y la atención médica. Si el beneficiario es menor de edad, esta asistencia también comprende los gastos de educación y los necesarios para que adquiera una profesión u oficio.

También es necesario tomar en cuenta lo que afirma el artículo 25 que a la letra afirma: (deberes y derechos de los padres). La autoridad del padre y de la madre comprende los deberes y derechos siguientes:

- 1) El de guarda al hijo
- 2) El de corregir adecuadamente la conducta del hijo
- 3) El de mantener y educar al hijo dotándole de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes.
- 4) El de administrar el patrimonio del hijo y representarlo en los actos de la vida civil.

Quedando a salvo los deberes y derechos establecidos por otras disposiciones.

Este artículo es de suma importancia, porque recalca las obligaciones que tiene el padre de familia para con sus hijos, el cual es a la vez refrendado por el artículo 264 del Código de Familia: (subsistencia de deberes). El deber de mantenimiento y educación a que se refiere el inciso 3º del artículo 258 subsiste después de la mayoría de edad en beneficio de los hijos que no se hallan en situación de ganarse la vida, así como de los que no han adquirido o acabado una profesión u oficio, hasta que los adquieran, salvo en este caso, que haya culpa grave del hijo.

Este artículo es también muy decisivo en lo relacionado a la asistencia familiar, ya que dice textualmente que el padre tiene la obligación de cumplir hasta que obtenga una profesión u oficio que lo ayude en su vida posterior. También existe una salvedad, el referido a la última parte de este artículo, salvo es este último caso que haya culpa grave del hijo. Ello quiere decir que el padre de familia deje de asistir económicamente, porque para ello se tendrá que verificar ese estado de “culpa grave del hijo”, agregándose a ello que esa “culpa” puede deberse a la falta de apoyo de parte del padre de familia.

1.5. LOS OBLIGADOS A LA ASISTENCIA FAMILIAR.

Artículo 15.- (PERSONAS OBLIGADAS A LA ASISTENCIA Y ORDEN DE PRESTARLA). Las personas que a continuación se indican están obligadas a prestar asistencia a quienes corresponda en el orden siguiente:⁸

1º.- El cónyuge.

Por artículo 1º del Decreto Ley N° 14849, **TITULO PRELIMINAR - 2)**, en el artículo 15, el inciso 3º se tendrá como 2º y el 2º como 3º, entonces será:

2º.- Los padres, y en defecto, los ascendientes más próximos de estos.

3º.- Los Código y en su defecto, los descendientes más próximos de estos.

⁸ LEY N° 996 “Código de Familia” Pág. 708

4º.- Los hermanos, con preferencia los de doble vínculo sobre los unilaterales y entre estos los maternos sobre los paternos.

5º.- Los yernos y las nueras.

6º.- El suegro y la suegra.

Quedan reservados los deberes que se establecen entre esposos y entre padres e hijos por efectos del matrimonio y de la autoridad de los padres.

1.6. LA ASISTENCIA FAMILIAR Y LAS NECESIDADES IMPRESCINDIBLES DEL MENOR, QUE DEBEN SER CUBIERTAS OPORTUNAMENTE.

En lo que respecta a la asistencia familiar de los hijos menores, ésta debe ser cubierta oportunamente, pues caso contrario se crea un grave perjuicio para el beneficiario, ya que las obligaciones por concepto de sustento, habitación, vestido, atención médica y los gastos de educación, deben ser cancelados con puntualidad, ya que son los gastos mínimos e indispensables, señalados por el Art. 14 del Código de Familia.

Por este motivo, según el Art. 24 del Código de Familia, el Derecho de Asistencia a favor de los menores e incapaces es irrenunciable e intransferible. Además el obligado no puede oponer compensación por lo que le adeude el beneficiario. Así mismo, las pensiones no pueden ser objeto de embargo.

En consecuencia el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, constituye un delito según el Art. 249 del Código Penal, que a la letra señala:⁹

ARTICULO 249.- (INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA).
Incurrirá en privación de libertad de seis meses a dos años, el padre, tutor,

⁹TEXTO ORDENADO. CÓDIGO PENAL BOLIVIANO, D.S. N° 0667. 2010- Pág. 82

curador de un menor o incapaz, y quedará inhabilitado para ejercer la autoridad de padre tutoría o curatela, en los siguientes casos:

1. Si dejare de proveer sin justa causa a la institución primaria de un menor en edad escolar.
2. Si permitiere que el menor frecuente casas de juego o de mala fama o conviva con persona viciosa o de mala vida.
3. Si permitiere que el menor frecuente espectáculos capaces de pervertirle o que ofendan al pudor, o que participare el menor en representación de igual naturaleza.
4. Si autorizare q que resida o trabaje en casa de prostitución.
5. Si permitiere que el menor mendigue o sirva a mendigo para inspirar conmiseración.

El Capítulo II, del Título VII, del Libro Segundo, del Código Penal se ocupa de aquellos delitos que atacan el bien Jurídico protegido denominado: asistencia familiar.

Se entiende por asistencia familiar, al cumplimiento de aquellas obligaciones exigidas por el desarrollo económico y moral de la familia. Últimamente, con la protección constitucional, se puede afirmar que no solamente se protege la asistencia, sino la existencia familiar.

Su inclusión en el repertorio de delitos contra la familia se debe, además de una cuestión de orden constitucional, al fundamental deber del Estado de resguardar la cohesión familiar y proteger a esta célula básica de la sociedad, considerando, como delitos, muchas conductas que atentan contra su misma existencia.

Antes de la promulgación del Código de 1972, estos hechos estaban dejados exclusivamente a la esfera del derecho privado, concretamente al derecho de familia; empero las corrientes contemporáneas, han establecido como conductas antisociales y, mucho más aun delitos estos hechos que atacan a la misma existencia familiar. Con referencia a esto, la doctora María del Rosario Diego Santos, afirma “El Derecho Penal protege la familia como un unitario de relaciones jurídicas, siendo el objeto de la tutela penal el interés público de garantizar la familia, como núcleo elemental de la sociedad y del Estado, y como institución de orden público”¹⁰

1.7. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES DE FAMILIA EN LA ASISTENCIA FAMILIAR.

Los padres de familia, por Ley tienen la obligación de prestar la Asistencia Familiar para sus hijos y en consecuencia tienen la responsabilidad incluso penal, ya que el incumplimiento de los deberes de Asistencia constituye delito, sancionado por el Art. 249 del Código Penal.

Esta responsabilidad y obligación se entiende, debido a que la Asistencia Familiar es básica y vital para la vida y su incumplimiento pone en peligro, la salud y en último caso también la vida de las personas beneficiadas con la Asistencia Familiar, mas tratándose de hijos menores que no pueden procurarse los medios necesarios y depende para esto absolutamente de sus padres.

Por las razones anotadas, es preciso que los progenitores obligados a prestar la Asistencia Familiar creen conciencia de la importancia que reviste, ya que en nuestro medio el incumplimiento de la Asistencia Familiar es la regla y no la excepción. Por eso, es conveniente crear entre los obligados, un espíritu

¹⁰Ctr. María del Rosario Diego Díaz –Santos, Ob., Cit. Pág. 44

de responsabilidad y conciencia y por otra parte, también es conveniente endurecer las prescripciones legales con relación a la Asistencia Familiar implementando la retroactividad en caso de incumplimiento, que tendrá un efecto intimidatorio para dar cabal cumplimiento a la norma.

Esto mismo a largo plazo, crearía una mayor conciencia colectiva con relación al deber ineludible de prestar la asistencia oportunamente y también crearía mayor conciencia en la población, para que desarrolle una paternidad responsable, sabiendo que si trae hijos al mundo debe hacerlo con la plena conciencia y convicción de que tendrá que asumir su responsabilidad en lo relativo a la Asistencia Familiar, que al ser ineludible, tendría la virtud de crear justamente ese sentido de autocontrol y responsabilidad

1.8. CONSIDERACIONES A LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN.

Es la institución social más antigua que conoce la Humanidad. Nos preguntamos si, con el paso del tiempo, se mantiene como realidad sustancialmente idéntica, como algo permanente; o tan sólo sigue conservando el mismo nombre, en todo caso añadiendo una «s», pero se trata de una realidad sustancialmente diversa, es contingente.

DÍEZ-PICAZO, afirma que «la familia no es una institución natural, sino que es un producto evidentemente cultural. Es cierto que puede hablarse de un «polimorfismo familiar»: los hombres, a lo largo de la historia, han organizado sus relaciones sexuales y familiares de formas bien diferentes: poliandria, poligamia, patriarcado, matrimonio monógamo, matriarcado, repudio, divorcio, homosexualismo, amor libre, promiscuidad, etc., ninguna de estas situaciones es una novedad.

Podemos preguntarnos si, de esta variedad, se concluye el carácter contingente de la familia, o también si todas estas realidades son igualmente naturales.

CONVIENE PRECISAR QUE:

1. El hecho de que existan situaciones patológicas no justifica darles carta de naturaleza en su sentido más literal. Por ejemplo, en la antigüedad se dio la esclavitud como una realidad socialmente aceptada, pero esto no quiere decir que no exista un derecho irrenunciable e indiscutible a la libertad de las personas.
2. La familia es una realidad natural, pero no primaria ni esencialmente biológica porque:
 - Puede haber familia sin que haya hijos: los esposos son la primera unidad familiar; no es necesario que vengan hijos para que la relación conyugal cobre sentido. El eje central de la familia es la unidad de los esposos, los cuales constituyen una cara.
 - Puede haber hijos o descendencia sin que exista verdadera familia ALBALADEJO afirma que los hijos no matrimoniales son parientes, pero no familia de sus padres. La identidad familiar de hijo no es un puro dato biológico; una cosa es engendrar un hijo y otra generar la identidad de hijo.¹¹

”El único poder generador de las identidades familiares es el de los cónyuges:¹² sólo ellos mediante su consentimiento -que ninguna potestad

¹¹FANZALATO. “Alimentos y Reposiciones en la separación y en el Divorcio. Pag.9. Edit. Depalma

¹² Ibíd. Pág. 44

humana puede suplir- pueden constituirse en marido y mujer y sólo ellos, desde su nueva identidad conyugal, tienen el poder -que tampoco ninguna potestad humana puede suplir- de generar mediante su consentimiento la primera identidad personal, que es la identidad de hijo. Y estas identidades no son simples «hechos» que pueden asumir o ignorar, según como convenga en cada caso, sino que encierran importantes obligaciones de justicia”

- La filiación no basada en la naturaleza, sino en la adopción, puede ser verdadera relación familiar. En el caso de la paternidad adoptiva, el acto constitutivo de la relación (y de las identidades correlativas) no confiere la existencia al hijo, pero sí que crea la identidad. Por esta razón, desde el punto de vista familiar no hay diferencia esencial entre una paternidad y otra. La filiación adoptiva no es una filiación de segunda categoría.

3. La permanencia y vitalidad de la realidad familiar sólo se explica por su vinculación permanente con la naturaleza humana; aparece como una estructura necesaria de la sociedad. Como dice VILIADRICH: «El matrimonio y la familia son fórmulas que se encuentran en todas las culturas de todos los tiempos y lugares, y no sólo coexistiendo con otras fórmulas -lo que es un dato histórico indiscutible- sino constituyendo el resultado final de la destilación crítica de las demás fórmulas y ensayos sexuales. El matrimonio y la familia -y éste es otro dato histórico- no sólo han soportado todas las crisis, sino que han acabado siempre por ser la síntesis de toda crisis sexual seria. Y es altamente probable que esta vieja novedad sea de nuevo en el futuro la novedad sexual más vieja.¹³

Este destino no es un azar, sino fruto de la persistencia de ciertas constantes esenciales en la humanidad».

¹³G. SAAVEDRA, HUGO. “Matrimonio de Hecho” Pag.104, Edit. Escuela tipográfica Salesiana, La Paz, Bolivia. 1947

Se habla, con frecuencia, de cambios en las familias, y los más conservadores lo valoran en términos de crisis irreparables, pero lo cierto es que estos cambios constituyen a veces una verdadera depuración y liberación de lastres; hay fenómenos positivos cada vez más acentuados en la percepción social de la familia: la igualdad de los cónyuges, no discriminación entre los hijos por razón de su filiación, la concepción moderna de la patria potestad como un oficio, y su ejercicio en beneficio de los hijos, son algunos ejemplos significativos.

La sociedad necesita de la familia para sobrevivir. Es un instrumento de socialización imprescindible; la familia es el hábitat personal primario del hombre: el lugar donde «nacer, crecer y morir» primaria y precisamente como persona.

La familia es el lugar donde el acontecimiento de «nacer» se vive desde una perspectiva humana. La experiencia del nacimiento, para ser vivida en modo plenamente humano, pide, por tanto, un espacio que haya sido llenado por la unidad de la familia, dentro de la que nace el niño. Esta unidad de la familia es, ante todo, una realidad cultural, porque en ella quien nace es ayudado a crecer, y se ponen las condiciones y los valores que permiten el crecimiento de la personalidad y, por consiguiente, de la libertad del hombre (BUTTIGIONE).

Es también el lugar en que se «crece», el lugar en el que se aprende a ser persona, varón o mujer. Se ha dicho que la familia es la única instancia social encargada de transformar un organismo biológico en un ser humano. La filosofía puede enseñarnos que el hombre es persona, y que todo hombre tiene derecho a ser reconocido y aceptado como persona. Pero para sentir concretamente qué es una persona y qué es el amor, que el amar es la única

actitud adecuada para con la persona, lo aprendemos, sobre todo, en las primeras relaciones interpersonales en la familia.

Al final es también el lugar en que se «muere», el lugar natural de la muerte del hombre. Es frecuente en nuestra sociedad alejar al moribundo y al anciano del contexto físico de la casa y de la cercanía de las personas queridas, para recluirlo en un hospital, desde luego con la laudable intención de cuidarlo mejor. Este fenómeno se encuentra en estrecha relación con la consideración de la familia como un núcleo estrecho y restringido, «nuclear», por eso está resultando extraño colocar la muerte del hombre en la familia como su lugar natural. «No resulta casualidad -dice BUTTIGLIONE- que surja con fuerza en muchos países occidentales un impulso para la legalización de la eutanasia, se trata de la comprensible respuesta a la incapacidad de encontrar un modo humano de vivir el intervalo que separa la derrota de la medicina técnica de la muerte del paciente».

Sin duda la familia tiene, como institución, una importancia de primer orden, pero en la defensa de la familia, no se juega simplemente el futuro de una institución, por benéfica que sea, sino el proceso mismo del constituirse y llegar a la plena madurez de la persona humana.¹⁴

1.9. LA FAMILIA Y SU NATURALEZA SOCIAL.

El recién nacido, si bien lleno de grandes potencialidades precisa ser nutrido, cuidado y guiado tanto para preservar su vida como para adaptarlo a la sociedad en la cual ha de desarrollar sus actividades. En el consiguiente proceso de adaptación, los primeros pasos y los llamados a tener más profundas repercusiones, los dan el niño y el adolescente, en el seno de la familia; ésta posee, por los característicos

¹⁴ZANNONI, EDUARDO A. "El Concubinato" Pag. 102. Edit. Depalma, Buenos Aires. Argentina. 1977

lazos emocionales que ligan a sus miembros, especiales capacidad para influir decisivamente en el futuro de los niños.

La familia está destinada a cumplir una finalidad estrechamente relacionada con la naturaleza y forma de desarrollo del ser humano. El proceso de adaptación en la especie humana, es más largo que en cualquier otra; el hombre tiene la infancia más prolongada, lo que implica una también más prolongada dependencia en la relación con los padres. De ahí porque la misión de los padres no concluye con su concurrencia al acto generador, sino que es necesario que luego permanezcan establemente unidos para asegurar la educación del hijo, habiendo la naturaleza dispuesta que tal educación exija la intervención de ambos progenitores. La unión establece de los sexos no solo se presenta en el hombre, sino también en ciertas especies animales en las cuales los nuevos seres no alcanzan apenas nacidos la madurez suficiente para desenvolverse independientemente.

La familia, como sociedad natural, por presencia de padres y hermanos, brinda asimismo al nuevo niño las primeras acusaciones para que se manifieste el instinto social en todas sus múltiples facetas. Al mismo tiempo la familia como todo grupo en que el hombre se integra (sindicato club, sociedad nacional) e un medio de defensa y protección de sus miembros contra peligros.

En resumen, podemos decir que la familia es el elemento necesario para la socialización del niño; tarea que está lejos de ser fácil de realizar, porque supone en los padres la capacidad y la voluntad de operar por medio de influencias positivas, apartando o anulando las influencias perniciosas; ni basta que se ejerzan influencias buenas, sino que es necesario que ellas se prolonguen por largo tiempo y que partan tanto del padre como de la madre pues cuando uno de estos falta surgen desequilibrios educativos fáciles de comprobar cuando se estudian la psique y la conducta de las generaciones huérfanas; la actividad supletoria de agencias estatales o privadas asilos, orfanatos , etc. si bien evita males mayores, no puede ni

cuando esta óptimamente organizada, suplir adecuadamente al hogar bien formado.

1.10. LA IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR.

La importancia de la institución familiar actualmente radica, en que es la unidad de la sociedad. Además, el núcleo familiar es el mejor para el desarrollo de los hijos, por eso vamos a ver en el siguientes punto, el grave daño que hacen los factores que destruyen la función socializadora de la familia, pero cuando esta, se desarrolla en armonía y unión, produce los mejores frutos para la sociedad. Modernamente no se puede concebir al hombre aislado y aunque muchas personas no tengan familia, la inmensa mayoría vive en el seno familiar y aun las personas solas, tienen que vivir en hogares que se asemejen a una familia.

Por eso, la familia es el factor socializador por excelencia. Es bajo su seno que se forman los niños que son el futuro de la sociedad.¹⁵

Por estas razones el Estado reconoce el matrimonio y a la familia y los protege y en el caso de disolución, dispone la asistencia familiar, especialmente velando los intereses de los hijos.

1.11. FACTORES QUE DESTRUYEN O AMINORAN LA FUNCIÓN SOCIALIZADORA DE LA FAMILIA.

Del hecho de que la familia sea agencia importantísima de socialización no se sigue automáticamente que se halle siempre bien capacitada para cumplir esa función; quizá sin exagerar, podamos decir más bien que más con los casos en que la familia falla en uno o varios aspectos importantes que aquellos otros en que acierta plenamente. Las causas de la crisis son numerosas y no

¹⁵ VILLEGAS D. MARTHA "Familia, Niñez y Sucesiones" Pág. 131. Edit. Judicial, 2da Edición, Sucre, Bolivia. 2000

todas tienen su origen en tiempos recientes, algunas se hallan entroncadas desde hace siglos en diversas costumbres; pero ahora se han reunido de tan coincidente manera, que se han potenciado mutuamente. Aquí apenas hemos de hacer algo más que enunciarlas; luego se verán con más detalles sus repercusiones en el aumento de la criminalidad.

Entre las razones de la crisis están las siguientes:

- a)** La familia es menos unida que antes, frecuentemente por divergencias de intereses entre los esposos, por la tendencia a hacerlas desempeñar, en aras de una igualdad conyugal mal entendida, idéntico papel en el hogar, con lo cual muchas familias llegan a carecer de verdadero jefe; el número de problemas sobre los cuales pueden presentarse divergencias entre los esposos, es mucho mayor que antaño.
- b)** La vigilancia educativa de los padres sobre los hijos se ha relajado; los miembros de la familia pasan cada vez menos tiempo junto sobre todo porque las actividades de cada uno se desarrollan dentro de horarios que divergen de los ajenos. Es frecuente que ambos padres trabajen y deban estar mucho tiempo fuera del hogar y lejos de los hijos.
- c)** El divorcio, que si bien fue instituido con el pretexto de que serviría de remedio solo a situaciones extremas y, por tanto raras; se ha extendido hasta convertirse en un problema social de primer orden, lo que era fácil de prever desde un comienzo. Generalmente el divorcio adviene por puro interés de los padres, sin consideración por los hijos. El resultado es la aparición de niños que, para fines prácticos, pueden ser asimilados a los huérfanos, con la agravante de que existen corrientemente sentimientos de repulsión hacia uno de los padres o hacia ambos; el cuadro general suele

complicarse mucho con la aparición de padrastros y madrastras en vida del progenitor por naturaleza.

- d)** Los niños pasan mucho tiempo fuera del hogar, no solo en las escuelas, sino en las calles, los clubes y los centros de recreo, frecuentemente sin la necesaria vigilancia. La inexistencia de un hogar digno de tal nombre suele ocasionar la fuga de los hijos.
- e)** Los hijos se emancipan prematuramente, lo que sucede principalmente cuando, como resultado de urgencias económicas, el niño o joven se indica tempranamente en el trabajo. La independencia económica así conseguida se convierte pronto, y la mayoría de las veces sin oposición de los padres – en independencia en otros sentidos en momentos en que el joven carece aún de capacidad y madurez para conducirse solo. Concluye frecuentemente por ser víctima de influencias perjudiciales tanto más posibles si cuenta con dinero disponible.¹⁶
- f)** Malas condiciones materiales del hogar, sobre todo miseria, suciedad y estrechez que provocan promiscuidad e impulsan hacia la calle a los niños.
- g)** La escasa preparación de los padres para cumplir la tarea educativa; ella exige un conocimiento algo más que instinto de la naturaleza, necesidades e ideales del niño y del joven; la mayor parte de los padres parecen creerse naturalmente dotados para educar a sus hijos y poco se preocupan de estudiar y prepararse para hacerlo; una educación mala, suele ser el resultado, pese a la óptima voluntad e intención de los padres.¹⁷
- h)** Las generaciones de huérfanos de uno o ambos padres. Cuando ha fallecido solo uno de estos, lo corriente es que el Supérstite esté obligado a trabajar y descuide a sus hijos. Si han fallecido ambos, el destino es la calle

¹⁶ VILLEGAS D. MARTHA “Familia, Niñez y Sucesiones” Pág. 151. Edit. Judicial, 2da Edición, Sucre, Bolivia. 2000

¹⁷ *Ibíd.* Pag. 159

o la institución especializada en que falta el calor auténticamente familiar. Las últimas guerras monstruosas en cuanto al número de bajas han incrementado la cantidad de huérfanos.

- i) A veces no se trata solo de que los padres sean incapaces de educar debidamente, sino que ellos son inmorales y que su inmoralidad se trasmite a los hijos, directa o indirectamente.

Vemos pues por las razones apuntadas que no son todas sino las principales de las que podrían enumerarse que la familia está lejos de reunir siempre las condiciones necesarias para cumplir su función socializadora; solo en la minoría de los casos satisface las necesidades de los niños, necesidades que no son exclusivamente las de alimentación, ropa y habitación, sino de seguridad psíquica, cariño, comprensión, consejo, etc. ; fuera de que debe darle un estado personal socialmente aceptable, el de hijo legítimo que le proporciona satisfacción interna y valentía para encarar muchas situaciones externas y elimina una fuente de probable vergüenza e inferioridad; en el seno del hogar, el niño debería contar con el aliento necesario para afrontar su propia personalidad y crearse un sentido de responsabilidad y la capacidad de obrar por propia iniciativa.

1.12. EL DERECHO DE FAMILIA.

1.12.1 Concepto.

Es la parte del Derecho Civil que tiene por objeto la relaciones jurídicas familiares: relaciones conyugales, paterno-filiales, tanto en su aspecto personal como patrimonial, la tutela y las demás instituciones de protección de menores e incapacitados. Constituye el eje central la familia, el matrimonio y la filiación.

Uno de los grandes problemas con los que se enfrenta el Derecho de Familia actual es la indeterminación del concepto familia y la asimilación del matrimonio a otros tipos de convivencia (more uxorio). Es necesario, por tanto con carácter previo, determinar la naturaleza de estas instituciones, porque «El Derecho, frente al hecho familia (en su más amplio sentido) es un posterius: el legislador no la crea, limitándose a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana, al regular sus diversos aspectos.¹⁸

1.12.2 Concepto Moderno.

Modernamente muchos autores preconizan la independencia del Derecho de Familia, como una rama del Derecho relativa a los Derechos, Deberes y en general a todo lo relativo a la institución fundamental que la familia constituye en toda sociedad.¹⁹

Incluso en nuestro país el Derecho de Familia se plasma desde la Legislación Banzer, en un Código aparte, que es dedicado exclusivamente a la Institución Familiar.

Además, el Derecho de Familia modernamente tiene una con notación muy especial y propia, pues en un derecho de sensibilidad social, ya que el Estado protege a la familia y esto toma características muy delicadas.

³¹ ESTEBAN LA CRUZ Derecho de Familia Des plasma, Buenos Aires Argentina, 1997 Pág. 80.

¹⁹ Guillermo Cabanellas Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed., Heliasta, Buenos Aries Argentina, 28^a Edición, revisada, actualizada y ampliada, Tomo III Pág. 120

1.12.3. Campo y Objeto de Estudio del Derecho de Familia.

Modernamente, el campo y objeto de estudio del Derecho de Familia está referido en primer término a la gran institución del matrimonio, su constitución, su invalidez, sus efectos, su disolución, la separación de los esposos y las uniones conyugales libres o de hecho.

También está referido a la filiación, a los derechos y deberes de los hijos, el establecimiento de la filiación, el reconocimiento de hijos, la adopción y a rogación de hijos.

Además el Derechos de Familia trata sobre la autoridad de los padres, la tutela y la emancipación.

Nuestro Código de Familia, incluye además la jurisdicción y procedimientos familiares, referida a los jueces de familia y el procedimiento en sí que se debe seguir en los procesos de divorcio y separación de los esposos, la nulidad y anulación del matrimonio. También del modo particular de proceder en los procesos de pérdida de la autoridad de los padres suspensión de su ejercicio t de remoción del tutor. Así mismo, trata sobre las reglas a observarse en los procesos de declaración de interdicción de los procesos sumarios de petición de asistencia familiar y de oposición al matrimonio.

Finalmente se refiere a la oposición al matrimonio, los procedimientos voluntarios y los procedimientos especiales, como ser los desacuerdos entre cónyuges, la autorización judicial, la dispensa y la constitución de patrimonio familiar.

Todas estas instituciones, son propias del Derecho de Familia y por su misma naturaleza son diferentes a las instituciones del Derecho Civil y aun del

Derecho del Menor que en nuestro país se refleja también en un Código aparte, denominado Código del Niño, Niña y Adolescentes.

1.12.4. Autonomía del Derecho de Familia.

Como hemos señalado, algunos autores señalan que, el Derecho de Familia, es la parte del Derecho Civil que se ocupa de las relaciones jurídicas entre personas unidas por vínculos de parentesco. Para estos autores, “suele constituir el contenido principal del Libro de las personas, el inicial de los Códigos Civiles, luego de algunos preceptos generales sobre la Ley y otros principios de Derecho. Su contenido lo integran el matrimonio, la filiación, la patria potestad, la tutela (aunque pueden ejercerlas extraños), la adopción, la asistencia familiar, la emancipación y la mayoría de edad, como instituciones fundamentales”²⁰

Además indican que: “Sin rigor sistemático en el artículo de los textos legales, ofrece evidente carácter de Derecho Familiar lo relacionado con los herederos forzosos y con la sucesión legítima en general; ya que exige nexos de parentesco consanguíneo o el singularísimo que existe entre los cónyuges”²¹ “Tanto es así, que el Código Civil Español trata con falta, de método por otro lado, del parentesco como inciso de la sucesión intestada”²²

Como se puede apreciar, estos autores, señalan que el Derecho de Familia es parte del Derecho Civil, por una parte y por la otra que Instituciones del Derecho Civil, como la Sucesión, son parte del Derecho de Familia, que nos hace ver que existen doctrinas contrapuestas al respecto, sin embargo modernamente existe una fuerte tendencia a proclamar la Autonomía del

²⁰Guillermo Cabanellas Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed, Heliasta, Buenos Aries Argentina, 28^a Edición, revisada, actualizad y ampliada , Tomo III Pág. 120

²¹ Guillermo Cabanellas Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed., Heliasta, Buenos Aries Argentina, 28^a Edición, revisada, actualizad y ampliada, Tomo III Pág. 120

²²Ibídem.

Derecho de Familia, ya que tiene un campo y objeto de estudio propios que son principalmente referidos al parentesco, la asistencia familiar, el patrimonio familiar, el matrimonio, su invalidez, efectos y disolución, las uniones conyugales libres o de hecho, la filiación, la adopción, la tutela, la autoridad de los padres, la emancipación y la jurisdicción y procedimientos familiares.

Además, tiene una con notación especial, referida a la protección de algo tan sensible y delicado como es la familia, con las múltiples facetas que adopta y problemas que presenta.

Por esta razón, estos autores declaran la completa autonomía del Derecho de Familia, reconociendo sin embargo la enorme relación que existe entre estas dos ramas del Derecho, que obviamente se complementan y no son excluyentes. Incluso en las Carreras de Derecho, es una materia de estudio aparte del Derecho Civil, justamente por esta tendencia moderna del Derecho de Familia.

1.12.5. Fuentes del Derecho de Familia.

Las Fuentes del Derecho de Familia, son cuatro:

- a).** Unión matrimonial, matrimonio propiamente dicho que es la unión de 2 personas de diferente sexo, cuya finalidad es procrear mantener la especie para prodigarse ayuda mutua en todas las similitudes de la vida.
- b).** Las uniones libres o extramatrimoniales. La unión concubinario, concubinato o matrimonio de hecho, es la reunión de hecho de dos personas de diferentes sexo guiadas por una verdadera comunión y unión espiritual cual es de amor.

La diferencia que existe entre el matrimonio de hecho y el matrimonio propiamente dicho, es que el segundo se somete íntegramente a las formalidades de fondo y de forma establecidas en el Código de Familia, y el otro no.

- c). Parentesco.- Es la relación sanguínea que existe entre dos personas que descienden una de otro, o que tienen un progenitor común. Otros estudios definen el parentesco como el vínculo conexión o enlace que existe dos personas, se divide en natural o de consanguinidad, en el legal o de afinidad.
- d). adopción.- es el vínculo ficticio o legal que existe entre personas que no se hallan ligadas por ningún vínculo de sangre, pero que en virtud de la ley se consideran como verdaderos familiares.

1.13. LEGISLACIÓN COMPARADA.

El tema de la retroactividad en materia de leyes debe analizarse conjuntamente con el principio general de la seguridad jurídica. Efectivamente, existe aceptación mayoritaria de la doctrina, en el sentido de que ambos conceptos se encuentran tan estrechamente vinculados como el todo y sus partes, siendo la seguridad el todo y la retroactividad una de sus partes.

Sin duda la retroactividad de la ley en materia Civil en general y concretamente en materia Familiar, siempre ha tenido su asidero en la preocupación que ha existido en la asistencia familiar o asignación familiar en pro de beneficiar y garantizar el sustento alimentario y educación de los hijos en el interior de la familia, para responder así al desafío de formar mejores ciudadanos para el engrandecimiento y desarrollo de un país, precautelando los derechos más básicos que por ley natural tienen los niños, niñas y

adolescentes, y hacer prevalecer y promocionar sin duda alguna la responsabilidad que conllevan los padres de familia en relación a la manutención y bienestar que estos deben brindar de manera obligatoria a sus hijos. En este entendido diversos países también han centrado su atención en esta materia:

1.13.1. Argentina

El artículo 367 del Código Civil argentino, enumera los parientes que se deben prestaciones alimentarias, estableciendo su reciprocidad (ascendientes y descendientes, los más próximos en grado excluyen preferentemente, a los más lejanos, salvo casos especiales, y en el mismo grado, los que estén mejor económicamente serán los encargados de prestarlos; hermanos y medio hermanos). Los parientes políticos o por afinidad se deben alimentos en el primer grado, o sea, suegra y suegro con respecto a yerno y nuera, y viceversa.

Quien solicita alimentos debe probar su necesidad y que no puede adquirirlos con su trabajo.

Cesa el derecho a tener prestación alimentaria si los necesitados cometieran algún acto que implicara causal de desheredación. El artículo 372 establece qué debe entenderse por prestación alimentaria, y es lo necesario para que el beneficiario se alimente, se vista, tenga un lugar para vivir y asistencia en las enfermedades. El procedimiento civil es sumario.

En materia penal, se dictó en 1950, la ley 13.944 “De incumplimiento de los deberes de asistencia familiar” que castiga penalmente a quien se niegue cumplir tales cargas. Esta ley se halla incorporada al Código Penal. Por el artículo 1 se castiga a los padres que no le otorguen medios para su subsistencia a su hijo de menos de 18 años, y si fuera impedido, de mayor

edad. La pena impuesta es de multa entre \$ 750 y \$ 25.000 o prisión de un mes a dos años. No es necesario que previamente se haya dictado sentencia civil.

El artículo 2 castiga de igual modo la situación inversa, o sea al hijo que no asistiera a sus padres impedidos. Se extienden los dos casos anteriores al vínculo nacido de la adopción, tutela, guarda o curatela. En estos tres últimos casos las obligaciones no son recíprocas, sino que solo la tienen el tutor, el guardador y el curador, respecto a los menores o impedidos bajo su tutela, guarda o curatela. También posee esta obligación el cónyuge con respecto al otro, incluso si estuvieran separados, en este caso sin culpa por parte de quien reclama la asistencia.

El artículo 2 bis, que fuera incorporado por la ley 24.029, condena con prisión de uno a seis años al que dolosamente se insolventara u ocultara sus bienes para no cumplir con sus obligaciones alimentarias. Por ejemplo, cuando alguien para que no pueda saberse sus ingresos, pide que se le abonen sus salarios sin recibo o “en negro” o escritura propiedades suyas a nombre de un tercero.

Aclara el artículo 3 que la obligación no desaparece por existir otras personas a las que pueda requerirse legalmente el cumplimiento de las prestaciones alimentarias.

Pautas para la Fijación de la Cuota Alimentaria (Asistencia Familiar):

“El padre no conviviente siempre tiene obligación de pasar alimentos, salvo que por enfermedad o algún otro motivo le sea imposible hacerlo. En los casos normales, ningún juez deja de fijar una cuota alimentaria (por baja que sea) sólo porque la persona no tenga trabajo, por ejemplo. Por ende, si su salud le permite trabajar su deber alimentario se mantiene y debe procurar por todos

los medios obtener una fuente de ingresos que le permita solventar, aunque sea, las necesidades básicas del hijo.

- a) Si el padre tiene un empleo fijo, la cuota se establece sobre la base de ese monto y se fija un porcentaje, que varía de acuerdo con el número de hijos menores de edad. Es probable que si es un solo hijo sea un 25% de dicho monto.
- b) Si el padre no tiene un empleo fijo se tiene en cuenta todo tipo de pruebas para establecer sus ingresos, y la cuota se calcula como un porcentaje de esas ganancias presuntas (alrededor de un 25%, salvo que las ganancias sean mayúsculas, en cuyo caso disminuye). Si las ganancias no pueden establecerse se produce prueba sobre el nivel de vida y se presume cuáles son los ingresos que lo sustentan. Sobre ellas se calcula la cuota.
- c) Si quien tiene la tenencia y reclama los alimentos para los hijos está viviendo gratuitamente en el ex hogar conyugal se tiene en cuenta esta circunstancia, sobre todo si el alimentante está pagando alquiler, para disminuir la cuota.
- d) En principio el alimentante debe abonar los alimentos en dinero. Pero puede acordarse total o parcialmente el pago en especie, esto es, mediante pagos concretos como el colegio, el club, la obra social, etc.

Usualmente el porcentaje fijado no incluye las asignaciones familiares pues sólo se toman los rubros remuneratorios, mientras que la asignación es no remuneratoria y va al que tiene los hijos.

Hay discusiones, si el decreto o sentencia no fue claro, acerca de si ese porcentaje debe tomarse sobre el sueldo neto o sobre el bruto. Para unos se aplicaría el porcentaje sobre el sueldo neto descontados únicamente los aporte a la obra social, jubilación, sindicato y pami, o sea los legalmente obligatorios; y

no los descuentos convenidos (no son obligatorios). Otros jueces fijan un porcentaje menor y lo aplican directamente sobre el bruto.

En Santa Fe lo normal es fijar las cuotas en porcentaje de los ingresos, para que se suban conforme suben los ingresos del alimentante.

En Buenos Aires, se regulan o se pactan por una suma fija y ante una inflación o simplemente el tiempo transcurrido hay que recurrir a una nueva mediación (si las partes no logran acordar sin los abogados) para pedir un aumento de la cuota y sino ir a la justicia para que los actualice.

En cierto sentido, es mejor el sistema de porcentaje ya que otorga mayor seguridad al padre que detenta la tenencia y en definitiva está más actualizado y no hay fraudes. Sin embargo en los casos de ingresos en negro o trabajo por cuenta propia es mejor una suma fija ya que no hay otra forma.

En Santa Fe, a diferencia de Buenos Aires, no hay mediación obligatoria, así que si no se arregla entre los abogados debe irse a juicio oral. Sin embargo los juzgados hacen una mediación "de prepo". Con la demanda citan a audiencia a arreglar, si no hay arreglo con lo que escucharon fijan como medida cautelar una cuota provisoria y sigue el juicio.

En la práctica, el juzgado de familia tiene como cuota mínima la de \$ 230 por hijo, más allá de cómo se componga (o sea incluyendo la asignación familiar).

De ahí para arriba se toman las pautas de nivel de vida y demás, pero se considera que 230 es el mínimo absoluto al cual hay que alcanzar.

Formas de Pedir los Alimentos (Asistencia Familiar):

El derecho a pedir alimentos existe desde que se acredita la relación de parentesco entre el hijo y su progenitor. Para hacer efectivo este derecho el alimentario, es decir, la persona que ha de recibir los alimentos, tiene dos opciones: Llegar a un acuerdo con el alimentante (esto se realiza en general en una mediación), es decir un acuerdo extrajudicial pero para que tenga validez debe ser aprobada por el juez competente o sea homologado. La otra opción es iniciar una demanda de alimentos ante un juzgado civil. En este caso el juez fijará la cuota alimentaria del menor en relación fundamentalmente a dos aspectos: los ingresos del alimentante y las necesidades del menor. La cuota fijada judicialmente en general se cobra a través de un depósito que mensualmente deberá realizarse allí el progenitor a favor de la madre o, en muchos casos, cuando se probare que el padre ha dejado de pasar alimentos por largo tiempo y para evitar dificultades, el Juez ordena al mismo empleador, si la persona trabaja en relación de dependencia, que, descuenta mensualmente del sueldo del progenitor, el monto de la cuota alimentaria y la deposite judicialmente para que la cobre la madre. A diferencia de los embargos por otros motivos que no sean alimentos, no está limitado a un 20 % del haber, lo que significa que el tribunal estimará si corresponde embargar una suma mayor.

Posibles Sanciones en caso de Incumplimiento:

Son medidas extremas a las que llega la ley para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación alimentaria. Nunca significan poner fin a la responsabilidad en la manutención de los hijos.

La evasión alimentaria que se presenta cuando el padre se encuentra en condiciones de cumplir, afecta al niño psíquicamente, pues siente que este se ha desinteresado de su persona.

Si existen dudas sobre si el padre alimentante va a poder cumplir o no con una cuota alimentaria, lo más aconsejable para asegurarse la transparencia en la relación evitando malos entendidos, sería llegar a un arreglo por escrito y hacerlo homologar por un juez, que lo hará previa intervención del Defensor de Menores.

Las Sanciones que la Ley prevé son:

Penal ¿Qué ocurre cuando el progenitor no conviviente no paga los alimentos para sus hijos? Es un atentado contra la vida de los niños. La ley permite que se le haga juicio reclamando alimentos, pero también establece que es un delito, cuando se trata de hijos menores de 18 años, que tiene prevista prisión de hasta 6 años.

La ley 13.944 posibilita demandar ante un juez penal por el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando los padres, tutores o guardadores no presten los alimentos indispensables para la subsistencia de su hijo mayor de 18 años, o de más si estuviere impedido. No es necesario que previamente se haya dictado una sentencia en sede civil o realizado un convenio en el cual se establezca la obligación alimentaría y su monto.

Las invocadas dificultades económicas del sujeto no lo excusan del delito, ya que debe mediar una incapacidad económica auténtica y, en su caso, demostrarse la intención de cumplir, aunque sea por medio de mínimas ayudas y en forma irregular o inconstante, de acuerdo con sus posibilidades reales.

Esta ley tiene escasa aplicación práctica debido a que no se considera útil privar de libertad al padre que incumple la obligación alimentaria, ya que de esta manera no podrá obtener los ingresos necesarios. Sin embargo, en algunas situaciones la posibilidad de condena a prisión puede inducir al cumplimiento de la obligación.

Administrativa. En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires funciona el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, cuya finalidad es inscribir, sólo por orden judicial, a las personas que adeuden cuotas alimentarias definitivas o provisionales (5 alternadas o 3 sucesivas), se trate tanto de alimentos fijados por sentencia como también los acordados por convenio y aprobado por el juez."

Derecho de visita o de comunicación del progenitor no conviviente.

Se intenta posibilitar, por un lado, el control de su educación, formación y asistencia (pudiendo oponerse y formular quejas tanto en forma extrajudicial como judicialmente), y por el otro no privar a los hijos del trato frecuente y afectuoso con su padre o madre. Así, la visita es tanto un derecho del padre, como también un derecho de los hijos.

En la mayoría de los casos, el contacto no se limita a visitar, sino que implica la posibilidad de retirar al niño para pasar un tiempo personal e íntimo con él. La cantidad de tiempo que pasará el padre con el niño depende del acuerdo a que se haya llegado o de la decisión judicial.

Algunos de los elementos que orientan la resolución del juez respecto de este tema son: la edad del hijo, la influencia positiva o negativa que puede ejercer sobre el mismo el padre no conviviente, la voluntad del hijo, etc.

El régimen que se establece suele incluir las cuestiones referidas a fechas festivas, fines de semana largos, cumpleaños y veraneos.

En casos de especial gravedad, el padre que posee la tenencia puede solicitar la suspensión del régimen de visitas. Esto sólo se admite cuando resulte evidente que las mismas perjudican el desarrollo psicológico de los

menores (malos tratos, introducción en ambientes peligrosos, casos de alcoholismo o drogadicción del padre, etc.).

Como contrapartida, el que ejerce la tenencia tiene la obligación de permitir el fácil acceso de los hijos al otro progenitor. Como consecuencia de ello, la ley 24.270 establece la pena de 1 mes a 1 año de prisión para el padre o tercero que impidiera u obstruyere ilegalmente el contacto del menor con sus padres no convivientes. Si se trata de un menor de 10 años o discapacitado se eleva la pena de 6 meses a 3 años. El juez penal, debe determinar un régimen de visitas provisional o hacer cumplir el que ya existiera.”²³

Conclusión.- Si se inicia una causa por alimentos, éstos NO SON RETROACTIVOS a ANTES de iniciarla. Es decir solamente son retroactivas desde el momento de la primera notificación con la demanda de la misma.

1.13.2. Chile

La Asistencia Familiar como se conoce en Bolivia, en Chile se la denomina “**PENSIÓN ALIMENTICIA**”, la misma se la puede demandar en los Juzgados de Familia después de haber obtenido la Filiación o logrado la Demanda de Filiación de manera favorable.

La Pensión Alimenticia se la puede cobrar según las leyes de manera retroactiva, el mismo se llama "Alimentos Provisorios" solo a partir de su demanda. Al respecto los Juzgados de Familia de Chile abrieron una página Web de comentarios y reclamos: <http://www.reclamos/empresa/juzgado-de-familia>, el mismo que es muy solicitado y visitado ya que los reclamos son

²³www.evntf-santpau.com - Terapia Familiar Sistémica Violencia, Migración y Familia

muchos, entre los más pertinentes sobre el tema de investigación de la presente tesis, son los siguientes de manera textual:

“Martes 26, Agosto 2008, Número de Reclamo: 37305

Hola mi nombre es Yesenia y demande a el padre de mi hija por filiación, después de todo lo que me ha hecho pasar, yo tenía la esperanza de que después las iba a pagar todas, ya que después de que salga el examen positivo iba a tener que pagar pensión alimenticia desde el momento desde que nació su hija pero lamentablemente consulte a una abogada y por desgracia como están las leyes hoy en día que dicen que tanto que favorecen a las mujeres hacen todo lo contrario porque les dan más motivos a los desgraciados para que nieguen a sus hijos sabiendo que en todo el tiempo que se demora en salir la demanda no tienen que gastar ningún peso ojala tomen mi opinión en cuenta y hagan algo porque yo soy unas de las tantas madres solteras que hay en este país y estoy sola no tengo el apoyo de nadie, tengo que dejar a mi bebe de 9 meses en sala cuna y yo trabajar, y por el momento estar de allegada en una casa que ni siquiera son mi familia esto es para que tomen en consideración y se den cuenta que la demanda de filiación debería pagarse desde el momento en que nace un hijo. Atentamente yesenia Catherine OrellanaPonceCopiapó.

Martes 26, Agosto 2008

Barbie: Así es no más. Antes de exigir pensión de alimentos retroactivo tu hijo debe estar reconocido por las buenas o por las malas. Luego, ya reconocido RECIÉN puedes demandar por pensión alimenticia y lo que si te resulta y de hecho los jueces lo conceden es desde el primer día que puso la demanda por pensión alimentos, le dan a su hijo por concepto de tramitación lo que se llama "alimentos provisorios" retroactivo desde que se pidió. Debe constar en la demanda, de lo contrario tampoco vale. Así de lenta e injusta es la ley en chile porque estoy de acuerdo que debería ser desde que nace pero por lo menos AHORA todos los hijos son iguales ante la ley ya NO EXISTEN los hijos naturales y los legítimos ni los machos.

Martes 26, Agosto 2008

JUANA: tienes toda la razón porque mi hija está pasando por lo mismo y creo que el ADN al comprobarse debería automáticamente ser pagado desde que nace él bebe porque claro mi hija lleva 10 meses esperando primero la hora para el examen y luego el resultado que no sé porque se demora tanto y ojala que tomen en cuenta este tema que está muy bueno y que la ley sea más justa y castiguen a todos esos desgraciados que luego de que les gusto no

responden por lo que hace y claro es siempre la mujer la que apechuga y se mama todo.

Sábado 27, Septiembre 2008

Antonio: Quisiera responderle a esa madre Yesenia Orellana y decirle que cuanto la entiendo y aprecio su esfuerzo, Yo tengo 19 años y nací el año 89 desde el año 91 que mi madre demandó a mi padre para que me reconociera sin embargo este dijo que no nos conocía y todo quedó ahí. Con gran esfuerzo mi madre logro sacarme adelante y criarme bien como corresponde una mujer de valores y perseverante Cuando salió la ley de que todos los hijos somos iguales ante la ley mi madre volvió a demandar a mi padre a través de la corporación judicial laaaaarrgoooo procesos, filas eternas, trámites engorrosos en fin... un año para notificarlo hasta que el 2004 me reconoció ante la ley después de un ADN luego viene la etapa de la pensión otra demanda otro año, en nov. del 2005 recién obtuve pensión a la edad de 16 años y una pensión miserable del 5% residual ya que tenía más pensiones por el 45% de su sueldo. Este año en Enero con 18 años lo demande yo por aumento de pensión ya que ahora no tiene retenido un 25% (libre) ya que con 100.000 no alcanzo a costearme la U siendo que el gana 3 mil. Ha sido un proceso largo y recién este 2 De octubre tendrá el Juicio. Soy una mujer Católica y a esas personas que hablan de moral y de métodos de protección le digo bien estoy de acuerdo pero todos y cada caso son distinto sin embargo YO no pedí venir a este mundo y menos bajo mis circunstancias y tener un progenitor que durante 16 años no me dio nada, y no hablo tan solo de lo económico hablo también de lo espiritual, creo que debería existir una compensación no es justo ver la salud de mi madre que tiene por sacrificarse y luchar por mí, así que Yesenia tranquila , tu hijo sabrá apreciarte y saber que optaste por la vida ánimo y mucha fuerza.

Jueves 24, Septiembre 2009

Ale: Creo que es DEBER Y OBLIGACIÓN de cada madre asegurar todas las necesidades básicas de sus hijos, es decir por qué dejan pasar 16 años???? Si es derecho de cada niño, es fácil no hacer nada y reclamar, está en nuestras manos hacer lo que se debe a tiempo. Yo también tengo un hijo de 4 años y jamás he recibido ni pedido ni un peso, pero aunque puedo mantener a mi hijo sola he demandado a su padre por lo que corresponde a mi hijo según la ley , no quiero que llegue el día en el que mi hijo me pregunte . y por qué no luchaste por mis intereses ??? Si podías decidir por mí, porque no lo hiciste sabiamente y pensaste en mí más que en ti?

Miércoles 06, Mayo 2009

Carmen rojas: hola Heidi soy Carmen y me paso el mismo caso tuyo en cuanto al padre de mi hija él es carabinero y desde que nació no me la tenía reconocida y sabes me arme de valor y fui a conversar con el comisario de la sesión donde él trabajaba y adivina le dieron de plazo 2 semanas para reconocerla y ella actualmente está reconocida por el ahora estoy luchando por la pensión alimenticia de ella ya que el muy caballerito por decirlo de alguna forma le daba OJO \$35.000.- mil pesos que se los reducía en \$20.000.- imagínate muy desgraciado y ojala la ley nos pueda ayudar para que las pensiones se puedan hacer retroactiva”²⁴

²⁴http://www.reclamos/empresa/juzgado_de_familia

Ley No. 5 “Efectos de la Filiación Simplemente Ilegítima”

- 1) La sentencia que acoja la acción de alimentos (o de investigación de la filiación ilegítima) y el cumplimiento de esta sentencia no conferirá la calidad de hijo natural. Por su parte la sentencia que rechace la acción de alimentos no privará al hijo del derecho de reclamar esa calidad - de hijo natural - (art. 280 inc. final).

- 2) Se confiere al hijo ilegítimo derechos de alimentos necesarios, salvo la situación del art. 280 N° 5, en que se deben alimentos congruos.
 - Los alimentos suministrados por el padre o la madre correrán desde la 1ª demanda, y no se podrán pedir los correspondientes al tiempo anterior, salvo que la demanda se dirija contra el padre (ilegítimo) y se interponga durante el año subsiguiente al parto.
 - La ley 14.908 en su art. 4º, establece derecho de alimentos necesarios respecto de la madre del hijo (ilegítimo) que está por nacer, pero solo en los casos de los N° 1, 3 y 5 del art. 280 del C.C.

- 3) Se deben alimentos a la madre, siempre que no haya abandonado al hijo ilegítimo en la infancia.

Conclusión.- Si se inicia una demanda de Pensión Alimenticia se la puede cobrar, según las leyes, de manera retroactiva bajo el denominativo de "Alimentos Provisorios" el mismo solo es a partir de la demanda.

1.13.2.1. Ingreso ético familiar en Chile.

La República de Chile, uno de los países más desarrollados de América Latina, comprendiendo que la educación y salud de sus ciudadanos es vital y primordial para su futuro como país, a lanzado el PROGRAMA CHILE

SOLIDARIO en su primera etapa del Ingreso Ético Familiar, el mismo es un Apoyo Estatal Económico a las familias de escasos recursos por hijo, desde los 6 hasta los 18 años, es decir que el estado no solo precautela la asistencia familiar de los padres hacia los hijos sino va más allá ya que COMO ESTADO los apoya económicamente, como lo informó el periódico “EL PINGÜINO” el 29 de Marzo 2011:

“La garantía estatal comienza a regir desde el 1 de abril y, en la Región de Magallanes, serán alrededor de 600 familias del Programa Chile Solidario las beneficiadas; que deberán cumplir con ciertos requisitos para aumentar la bonificación mensual del aporte.

Con el objetivo de provocar una movilidad social y romper el círculo de la pobreza, el Gobierno lanzó la semana pasada, la primera etapa del Ingreso Ético Familiar en Chile, garantía estatal que se otorgará, a partir del próximo viernes 1 de abril a las familias más vulnerables pertenecientes al programa Chile Solidario y que cuenta con beneficios educacionales importantes que según las autoridades, los favorecidos deben conocer.

De esta forma, ayer el seremi de Educación, Raúl Muñoz, detalló los alcances de la asignación, recalcando que, si los padres cumplen los requisitos que el proceso exige para aumentar la bonificación, estarán incentivando a sus hijos a cumplir con el proceso educativo y, asimismo, con los controles de salud que como escolares deben efectuar.

Se trata de un monto mensual anexo que se ganaría el grupo familiar si el estudiante cumple con un 85% de asistencia en el establecimiento educacional (abarca a todos los niños mayores de 6 y menores de 18 años) pudiendo llegar a recibir \$ 45 mil anuales por niños que se desprenden de la siguiente forma:

- Para niños que acrediten su matrícula escolar: \$ 5.000 mensuales a partir de abril, que se pagará con efecto retroactivo.
- Para niños que asistan al colegio: \$ 5.000 mensuales a partir de junio. Esto, teniendo en cuenta que la cantidad de dinero se entregará de acuerdo el estado de vulnerabilidad del grupo familiar que se clasifica en \$ 7.500 para el Grupo 1, \$ 6.000 para el Grupo 2 y \$ 4.500 para el Grupo 3 por cada integrante. “Esta es la primera etapa esperando que se apruebe el proyecto de ley que va a ser permanente”, explicó el secretario de Gobierno.

En Magallanes, la cobertura del Ingreso Ético Familiar, alcanzará a cerca de 600 familias en esta etapa, por lo que la autoridad espera que, con esta especie de plan piloto, “los padres aprendan a pescar”.

“Si los chicos estudian, van a tener movilidad social, o sea, se trata de apoyarlos y motivarlos para que terminen la educación, entonces la idea es que los que terminen enseñanza básica, ojalá la media y puedan terminar una carrera técnico profesional, porque es la única manera de romper el círculo de la pobreza, y la idea es que se les da el beneficio a cambio de que deban cumplir un compromiso y ese compromiso es que el Estado debe tener el certificado de niño sano de cada hijo y también que el niño y también la asistencia al colegio. Si cumple esos dos requisitos se les dan los \$ 5.000 mensuales”, indicó el seremi.

Enfatizó, asimismo, que la idea de fondo del beneficio es atacar la pobreza desde la educación para evitar la deserción escolar, que en familias muy vulnerables la cifra es cada vez más preocupante.

“Estamos buscando que esto nos ayude a provocar una movilidad social y romper el círculo de la pobreza, porque sabemos que un chico educado y

motivado desde el hogar tiene más posibilidades de estudiar. Ahí se va atacando la pobreza, es la única manera que podemos sacar adelante el país, que los chicos estudien y nada más y el Estado los apoye”²⁵

1.13.3. Panamá

La Asistencia Familiar como se conoce en Bolivia, en Panamá al igual que en Chile se la denomina “**PENSIÓN ALIMENTICIA**”. El Código de familia Panameño establece en el artículo 377 que los alimentos comprenden una prestación económica que debe guardar la debida relación entre las posibilidades económicas de quien está obligado a darlos y las necesidades de quien o quienes las requieran. Estos comprenden:

1. El suministro de sustancias nutritivas o comestibles, de atención médica y medicamentos “El derecho de alimento es aquel que le asiste a una persona para exigir de otra con la cual se encuentra obligada por el vínculo de parentesco, sustancias nutritivas o comestibles, atención médica, vestido, habitación e inclusive la educación después de la mayoría de edad hasta los 25 años como lo prescribe el artículo 377 del Código de la Familia y del Menor. Resulta crucial que este derecho natural se fundamente en la equidad, de manera que el quantum sea proporcional al caudal de quien los da y las necesidades de quien los recibe (artículo 381 del Código de la Familia)”²⁶
2. Las necesidades de vestido y medicamentos;
3. La obligación de proporcionar los recursos necesarios a fin de procurar la instrucción elemental o superior o el aprendizaje de un arte u oficio, aun después de la mayoría de edad hasta un máximo de 25 años, si los estudios se realizan con provecho tanto en tiempo como en el rendimiento académico

²⁵ <http://www.elpinguino.com/noticias/listar/04-07-2011.html>

²⁶ En auto del 6 de junio de 1995, dictado por el Juzgado Municipal de Panamá, Ramo Civil.

salvo si se trata de un discapacitado profundo, en cuyo caso hasta que este lo requiera; y

4. Tratándose de menores, todo lo necesario para lograr su desarrollo integral desde la concepción. La autoridad competente apreciara estas circunstancias y otras que estime convenientes para determinar las necesidades del que recibe los alimentos.

Después de haber analizado todos y cada uno de los elementos que componen el concepto de pensión alimenticia, se considera que la pensión alimenticia es una asistencia en dinero o en especie que la persona está obligada a dar la pensión por ley o a otra para su desarrollo “desde la concepción hasta los 18 años de edad y que se extiende hasta los 25 años bajo el cumplimiento de varios requisitos establecidos en la ley y en la Jurisprudencia panameña”²⁷

Para mejor entendimiento y comprensión del tema en estudio se dividirá el derecho de dar y recibir pensión alimenticia en tres periodos fundamentales:

Requisitos para que exista Pensión Alimenticia:

Para que exista pensión alimenticia deben concurrir los siguientes requisitos.

1. **El vínculo de parentesco.** Lo primero que se debe probar en una solicitud de pensión alimenticia es el vínculo de parentesco. Esto se deriva del artículo 378 del Código de familia que establece quienes están obligados a darse alimentos recíprocamente. En el caso de los cónyuges se debe demostrar el certificado de matrimonio que acredite el vínculo matrimonial. Y si es de hecho

²⁷ LÓPEZ HERRERA, Francisco. Anotaciones sobre Derecho de Familia. Universidad Católica Andrés Bello, 1ª edición, editorial Sucre, Caracas, 1970, pág. 346.

se debe demostrar esta circunstancia con testigos si no se puede acreditar de esta forma.

Lo cierto es que en el caso de la pensión prenatal, algunos juzgados toman como base para la petición de ayuda prenatal solamente el señalamiento de la madre. Sin embargo después de que el niño nace es necesario establecer el vínculo de parentesco para cumplir con el requisito mínimo de la solicitud de pensión alimenticia. Existe un problema, que se considera que es un vacío y es que la pensión alimenticia es retroactiva al momento de la interposición de la demanda de acuerdo a lo establecido en el artículo 383 del Código de Familia. Si el niño nace es necesario ir a un o proceso de filiación o al reconocimiento administrativo establecido en la ley 39 ante el Registro y ese trámite demora en caso de que el padre se niegue a reconocer la paternidad. Allí queda un vacío en el sentido de si no se pide la pensión alimenticia entonces no habrá retroactividad. La solución no es prorrogar la pensión prenatal sino entender lo que está ocurriendo y que en virtud del principio de interés superior del menor, de la equidad y la justicia que debe imperar es necesario que el juez que dicte la filiación haga una declaración adicional en el sentido de pedir el cumplimiento de la pensión alimenticia retroactiva. Pero para ello es necesario también establecer alguna reforma. Otro punto que se debe reforzar aquí es el hecho de que el vínculo de parentesco solo se puede probar con el certificado de nacimiento expedido por el Registro Civil. Igual sucede con la calidad de cónyuge solo se puede demostrar con el certificado de matrimonio expedido por el Registro Civil, a excepción del matrimonio de hecho que puede ser demostrado con testigos.

Así se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de septiembre del 2,002 en el sentido de que el parentesco son “hechos que

deben ser acreditados mediante las pruebas idóneas, que serán los certificados del Registro Civil que prueben el parentesco”²⁸

Que quien solicita los alimentos carezca de los medios necesarios para subsistir o en el caso de los discapacitados este imposibilitado para hacerlo y si es mayor de edad que estudie con provecho académico. A juicio de Valencia Zea “si el peticionario tiene bienes suficientes, no puede pedir alimentos aun cuando afirme que sus bienes son improductivos, puesto que el que tiene bienes le es posible cambiarlos por otros que produzcan rentas, y la ley no puede beneficiar a los avaros sino a los que carezcan de bienes realmente para subsistir”²⁹. El artículo 383 del Código de Familia establece que debe existir una necesidad de quien solicita los alimentos.

2. Capacidad económica suficiente del obligado. Al punto de que se puede solicitar la suspensión de la pensión alimenticia —cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido al punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. (ver artículo 387 del Código de Familia).

Características de la Pensión Alimenticia.

1. Es personal. Solo recae sobre la persona obligada a dar pensión alimenticia por vínculos de parentesco, matrimonio o unión de hecho. (Ver artículo 378). Aun cuando exista la obligatoriedad de los abuelos de dar pensión alimenticia es personal, aunque la obligación de los abuelos tiene un carácter subsidiario.

²⁸Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de 30 de septiembre de 2,002. Registro Judicial. Septiembre de 2002, Pág., 216.

²⁹VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo V, Ed. Temis 1977. Pag. 811.

2. Es recíproca. El artículo 378 del Código de Familia establece que están obligados RECÍPROCAMENTE a darse alimentos. De manera que la obligación alimentaría es recíproca.

3. Es irrenunciable. El artículo 385 del Código de Familia establece que la pensión alimenticia no es renunciabile.

4. Intransmisible. Igualmente el artículo 385 establece que la pensión alimenticia es intransmisible a un tercero. De acuerdo al artículo 386 del Código de Familia la obligación se transmite con la muerte del obligado en los casos señalados en el título III libro III del Código Civil.

5. Es indeterminada. La pensión alimenticia es indeterminada, toda vez que depende del caudal probatorio que se aporta a la audiencia y es necesario que el juez valore la situación económica de quien debe dar los alimentos y las necesidades de quien las recibe. Es más, en iguales condiciones económicas hay jueces que fijan la pensión de distinta forma. Es decir si la entrada económica de un padre es de 1,000 balboas y la solicitud se hace ante un juez municipal, la pensión alimenticia la establecen en 300 balboas y con las mismas condiciones se pide en una corregidora la cantidad varía considerablemente y puede ser hasta de 90 balboas. Consideramos que el Órgano Judicial a través de la Escuela Judicial debe organizar charlas y Conferencias, de manera que se pueda unificar criterios sin perder el principio de independencia que cada funcionario debe mantener para que exista una verdadera justicia.

6. El pago de la pensión alimenticia puede ser en dinero o en especie. (ver artículo 384 del Código de Familia) Se considera que esta norma debe mantenerse en cualquiera reforma que se haga a la pensión de alimentos, porque para las áreas del interior del país donde existe extrema pobreza en muchos casos esta regla funciona muy bien. Eliminarla seria eliminar la propia cultura. Es más en muchos casos los niños comen donde la abuela y se mantiene el principio familiar que debe imperar.

7. La deuda alimentaría tiene prioridad sobre cualquier otra deuda sin excepción. Se entiende que el crédito hipotecario a los bancos es una deuda muy fuerte que inclusive está por encima de las deudas a los trabajadores. Pero de acuerdo a esta norma la deuda de pensión alimenticia debe estar por encima del crédito hipotecario.

8. Es variable. En el sentido de que la cuantía de la pensión alimenticia puede aumentarse o reducirse proporcionalmente al caudal o medios de quien da y las necesidades de quien los recibe.

9. Es exigible por vía de apremio corporal. Panamá todavía mantiene esta norma en el Código de Familia, aun cuando ha sido enormemente debilitada por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de las deudas atrasadas no son exigibles sino por la vía del Proceso ejecutivo y por otros fallos en el sentido de que si la persona no está trabajando no se puede ordenar el apremio corporal.

10.No puede compensarse (ver artículo 385 del Código de Familia) a excepción de las pensiones alimenticia atrasadas.

El Arresto por Desacato de las Deudas de Pensión Alimenticia.

Las deudas atrasadas en materia de pensión alimenticia se han convertido en un problema en muchos países. El artículo 811 del Código de Familia establece que: El juzgado de primera instancia de oficio, o a petición de parte, sancionará de inmediato por desacato al obligado en proceso de alimento, hasta con treinta (30) días de arresto a partir de la notificación de la resolución respectiva. Esta sanción dura mientras se mantenga la renuencia en los siguientes casos:

1. Cuando no se consigne la cuota alimenticia en las fechas y condiciones decretadas.
2. Cuando de mala fe eluda el pago de las cuotas alimenticias. Se presume la mala fe cuando el obligado renuncie o abandone un trabajo eludiendo su obligación, o cuando su conducta y los hechos así lo pongan de manifiesto, Y
3. Cuando el demandado traspase sus bienes después de que haya sido condenado a dar alimentos, sin con ese traspaso elude su obligación.

En los casos de que den lugar a la sanción por desacato, corresponde al secretario del juzgado levantar el expediente en que se establecen los hechos justificativos de la sanción. Ahora, la detención preventiva en el caso de la deuda atrasada de pensión alimenticia.

Conclusión.- En Panamá, se pagan los alimentos en efectivo o en especie. De acuerdo al artículo 377 del Código de Familia los alimentos se deben desde la concepción hasta los 25 años si se estudia con provecho. Sin embargo, por disposición del artículo 383 del Código de Familia la obligación de dar alimentos será exigible desde que lo necesitara para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, los mismos serán retroactivos desde la fecha en que se imponga la demanda.

1.13.4. España

La Constitución Española impone el deber de cuidar y velar por los hijos y la separación o el divorcio no eximen a los padres de éstas obligaciones. Así lo ratifica el artículo del Código Civil Español al indicar que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos, esta obligación es conocida en España como la “**Pensión de Alimentos**”.

Si no existe acuerdo entre las partes, el Juez, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convencionales para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas de los hijos en cada momento.

Se entiende por alimentos no solo la comida, sino todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Comprende también la educación e instrucción del asistido mientras sea menor de edad.

El Código Civil Español, entiende que la “Pensión de alimentos”, se las debe pagar retroactivamente y ordinariamente a partir o desde el momento de la Sentencia, sin embargo el mismo puede correr retroactivamente a partir de la demanda, siempre y cuando sea solicitada de manera explícita, en los juzgados de familia.

Fijación de la Cuantía de la Pensión de Alimentos.

La **cuantía** de la pensión de alimentos depende de dos circunstancias:

- De los **ingresos** de la persona que está obligada a abonarlos.
- De las **necesidades** del beneficiario.

“Al contrario que en otros países europeos, no existe en la legislación española ningún **baremo** obligatorio al que deba ajustarse el juez a la hora de fijar la pensión de alimentos. Puede, por tanto, fijar su cuantía concreta conforme a su criterio, dentro de los márgenes de la ley.

Posteriormente, esta cantidad también podrá **incrementarse** o **disminuirse** judicialmente en función de las necesidades del beneficiario y del incremento o disminución de los recursos económicos del obligado al pago³⁰

³⁰ http://iabogado.com/shop/español/separación_y_divorcio

¿Quién debe reclamar la pensión, dónde debe hacerlo?

La reclamación de la pensión debe ser presentada personalmente por la persona que tenga la representación legal del menor, o el Fiscal o la entidad pública de protección de menores. También otra persona puede presentar la solicitud, siempre que disponga de un poder otorgado ante notario, secretario judicial o cónsul de cualquier delegación diplomática española en el extranjero.

El tribunal competente para juzgar el tema de la pensión corresponde al juzgado del domicilio de la persona a quien se solicita la pensión. Si son varias (por ejemplo padre y madre) entonces es el juzgado del domicilio de cualquiera de ellos.

En caso de que esta persona no viva en España, el tribunal corresponde al del juzgado del domicilio de la persona que recibirá la pensión.

¿Hasta cuánto se puede reclamar como pensión?

En la gran mayoría de los casos se establece que el pago debe hacerse mediante mensualidades y en dinero. La cantidad fijada depende de las características de cada caso y se valora teniendo en cuenta las necesidades del menor, los recursos económicos del padre al que se le exige la pensión y los recursos de las otras personas que también están obligadas a contribuir en la misma medida, por ejemplo el progenitor que tiene la custodia legal del menor. El monto fijado en primera instancia no es invariable, se puede modificar, siempre que la persona interesada lo solicite, ya sea aumentándola si mejoran las posibilidades económicas del que pasa la pensión o si el pensionado aumenta sus necesidades. También se puede rebajar la pensión si se dan los casos inversos a los mencionados.

“Asimismo el incumplimiento de la pensión permite al beneficiario instaurar un procedimiento de ejecución y, en su caso, el embargo de bienes y derechos del obligado a satisfacer la pensión, el impago de la pensión de alimentos puede ser constitutivo de un delito de abandono de familia tipificado en el Art. 227 de Código Penal Español, puede ser causa de privación de la patria potestad. En caso de que el padre obligado a pasar la pensión incumpla con el pago de las mensualidades es posible tomar alguna de las medidas expuestas a continuación:

- Retención del salario (a excepción del mínimo vital que señale el tribunal) ó retención de devoluciones de impuestos.
- Embargo de cuentas bancarias o bienes y posteriormente venta pública de éstos.
- Detracción de prestaciones de la Seguridad Social.
- Prisión en algunos casos”³¹

Modificación Retroactiva de la Pensión de Alimentos.

En España al margen de la retroactividad de la Pensión de Alimentos hasta el momento y fecha de la demanda de la misma, el Código Civil, permite la **modificación retroactiva de la Pensión de Alimentos** a favor de los hijos. La finalidad consiste en permitir una modificación de su cuantía que se retrotraiga a la fecha de la solicitud de modificación, es decir, cuando tuvo entrada la demanda en el Juzgado.

“Esta modificación retroactiva, permitirá al Juez, modificar su Resolución inicial si ha habido un cambio sustancial respecto a las circunstancias en que se dictó la primera Resolución. Y si se considera oportuno, podría determinarse la modificación retroactiva al momento en que se interpuso la solicitud de

³¹Macro estudio estadístico publicado en "Economist& Iuris" de Mayo de 2004.

modificación. Todo ello se realizará a través del correspondiente Procedimiento Incidental de Modificación de Medidas.

Es obvio decir que el Juez no podrá decir al tiempo en que ha ordenado que la Pensión se satisfaga retroactivamente, considerar los pagos retroactivos como no pagados, e iniciar un Juicio por el impago de éstos”³²

Conclusión.-El Código Civil Español permite ordinariamente el cobro retroactivo de la “Pensión de Alimentos” a partir de la Sentencia, sin embargo el mismo puede producirse retroactivamente a partir de la demanda, siempre y cuando se solicita la misma de manera explícita. Asimismo se puede realizar la modificación retroactiva de la Pensión de Alimentos que ya tenga Sentencia.

1.13.5. Perú

El Código Civil Peruano, a la asistencia que se les brinda a los hijos por parte de los padres separados que no tienen la custodia de los mismos, lo denomina: “**Pensión Alimenticia**” el mismo que se entiende por “Alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción, y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño y Adolescente. También se considera alimentos los gastos de embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del post-parto”³³

Entonces alimentos es todo lo necesario para atender la subsistencia es decir aquello que es indispensable para lograr el desarrollo integral del niño y/ o adolescente. Así mismo el Código Civil Peruano en su Art. 148, establece que la retroactividad del pago de la “Pensión Alimenticia” se retrotrae a partir de la demanda.

³²www.aa-divorcios.com

³³<http://www.abogadosperu.com/>

Para iniciar el proceso de alimentos se requiere que el demandante es decir el padre o madre que tiene al niño o al adolescente en su poder, debe contar con la partida de nacimiento del niño o del adolescente, su constancia de estudios en caso de que se encuentre cursando estudios, boletas o recibos de pago que corresponden a gastos que generan la subsistencia del alimentista, a todo ello hay que agregar copia de su Documento nacional de identidad y conocer el domicilio real donde va ser notificado el demandado en este caso el obligado a prestar los alimentos.

“El pago de una PENSIÓN ALIMENTICIA se obtiene extrajudicialmente por medio de un Centro de Conciliación y/o por un proceso judicial, a favor de un alimentista que puede ser cónyuge, hijo, padre, hermano, el niño y adolescente, así como de la madre embarazada, desde la concepción hasta la etapa de post-parto”³⁴

Cuando se trata de pensión alimenticia a favor de un menor, la pensión se calculara de acuerdo a:

- Las necesidades de los niños o alimentista.
- La condición económica del padre o madre, u obligado.

Monto a Establecerse para la Pensión Alimenticia

La ley establece que cuando un menor solicita alimentos de su padre o madre, la ley presume que el alimentante tiene los medios para otorgarlos el alimentante justifica ante el tribunal que no tiene los medios para pagar el monto mínimo, el juez puede rebajarlo prudencialmente.

“Según la ley, el monto mínimo de la pensión alimenticia no puede ser inferior al 40% del ingreso mínimo. Si se trata de dos o más menores, dicho

³⁴<http://www.centrodeconciliación.com/>”

monto no puede ser inferior al 30% por cada uno de ellos. En todo caso, la pensión no puede ser superior al 50% de las rentas del alimentante.

La asignación por carga familiar no son consideradas para calcular la pensión y corresponden, en todo caso, a la persona que causa la asignación”³⁵

Hijos no reconocidos.

Los hijos no firmados por el padre y nacidos de padres no casados también tienen derecho a una pensión alimenticia siempre y cuando, se acredite que la madre tuvo relaciones sexuales con el padre durante la época de la concepción (nueve meses antes del nacimiento).

Requisitos para que tramite la pensión alimenticia son:

- “Original del acta de matrimonio de ser el caso.
- Copia de DNI de la demandante.
- Original del acta de nacimiento de los hijos.
- Domicilio particular del demandado.
- Nombre y domicilio de la empresa en que trabaja el demandado o actividad que desempeña, si labora por su cuenta”³⁶

Pasos del Proceso Judicial de la Pensión Alimenticia.

1. “Presentación de la demanda
2. Fijación de la pensión provisional, si procediera.
3. Notificación de la demanda a todas las partes (actora, demandada y Patronato Nacional de la Infancia, cuando hay menores).
4. Después de que todas las partes estén notificadas a partir de la fecha de la última notificación, cuentan tres días para pedir la revocatoria, la

³⁵<http://www.abogadosfamilia.pe/>

³⁶<http://www.abogadosperu.com/>

apelación o ambas, en caso de que alguna de las partes no esté de acuerdo con el monto provisional fijado en el proceso.

5. También después de esta notificación, la parte demandada tiene ocho días hábiles para que conteste la demanda, indique si está de acuerdo o en qué punto no está de acuerdo, presentar las pruebas de su dicho e imponer las excepciones que estime convenientes.
6. Después de contestada la demanda, se señala hora y fecha para realizar la audiencia de conciliación y para evacuar las pruebas testimoniales y confesionales propuestas.
7. Dictado de la sentencia.
8. Si alguna de las partes no está de acuerdo con las sentencias, tiene tres días hábiles, después de la notificación de la misma, para apelar³⁷

Publicación: Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam).

Una forma de presionar a aquellos padres que no cumplan con pasar la pensión de alimentos para su hijo. En el Perú se oficializó la inclusión de sus nombres en una suerte de lista pública de morosos, a la cual se podrá acceder gratuitamente a través de Internet. Además, estas personas incumplidas se verán impedidas de recibir préstamos bancarios y aparecerán en todas las centrales de riesgo privadas.

Se trata del **Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam)**, creado por Ley 28970, en el que se inscribirán los nombres de aquellas personas que adeuden tres cuotas o más de sus obligaciones alimentarias establecidas judicialmente. Además, se incluirá una fotografía del deudor, el monto total que debe, su domicilio y la indicación del juzgado que ordena el registro.

El presidente del Poder Judicial, será el encargado del Registro de Deudores. Asimismo se ha implementado un link de Redam en la página Web

³⁷<http://www.abogadosfamilia.pe/>

del Poder Judicial, al cual se podrá acceder gratuitamente para averiguar si determinada persona tiene deudas por el incumplimiento del pago de sus obligaciones alimentarias.

"Este registro tiene un rol capital para hacer efectivas las resoluciones judiciales que ordenen el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y cumple un fin humanista de gran impacto social"³⁸. El Redam pretende no solo ser una sanción moral pública contra padres irresponsables, sino que también permitirá a los empresarios y funcionarios públicos conocer los antecedentes de estos ciudadanos incumplidos al momento de contratarlos para un empleo.

Sanción del Demandado cuando se rehúsa a pagar la Pensión Alimenticia.

Solo son cobrables por medio de apremio corporal de seis meses.

"Si el demandado tiene lugar donde pueda ser localizado, la demandante deberá colaborar con su detención, buscando que su ejecución sea rápida. Solicitando al despacho la orden de captura, entregándole ésta a la autoridad más cercana para que efectúe la detención"³⁹

Ante la solicitud de la orden de captura, el despacho concede un término de cinco a diez días para entregarla, o bien dependiendo de su urgencia, el juez valorará el momento de la entrega.

Conclusión.- En Perú, en apego del Código Civil el pago de la Pensión Alimenticia es retroactivo a la fecha de la interposición de la demanda.

³⁸<http://www.bcm.ccl/guias/pensiones-alimenticias>

³⁹www.divorciolegal.cv/pensiondealimentos.php

CAPÍTULO II RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

2.1. MARCO CONCEPTUAL.

El tema de la retroactividad en materia de leyes debe analizarse conjuntamente con el principio general de la seguridad jurídica. Efectivamente, existe aceptación mayoritaria de la doctrina, en el sentido de que ambos conceptos se encuentran tan estrechamente vinculados como el todo y sus partes, siendo la seguridad el todo y la retroactividad una de sus partes. En ese sentido se tiene diversas acepciones, entre los cuales pueden citarse los siguientes:

“La **retroactividad**, en Derecho, es un posible efecto de las normas o actos jurídicos que implica la extensión de su aplicación a que una norma establezca que su aplicación no sólo será sobre hechos futuros sino que se aplicará también a hechos anteriores a su promulgación. Sin embargo, dicha posibilidad supone una situación excepcional, porque puede entrar en contradicción con el principio de seguridad jurídica que protege la certidumbre sobre los derechos y obligaciones que las personas poseen”⁴⁰

“Acción de las leyes hacia atrás, en el tiempo, por la que se alteran derechos adquiridos”⁴¹

El principio universal relativo a la manera de accionar las leyes, enseña que ellas rigen para el porvenir. Lo útil de las leyes es en relación al futuro y no al pasado. Esta idea fue expresada por Sócrates, según referencia de Platón.

⁴⁰<http://es.wikipedia.org/wiki/Retroactividad#mw-head>

⁴¹ORGAZ, Arturo;

“*Diccionario de derecho y ciencias sociales*”
, Ed. Assandri, 3ra. Ed., Córdoba, 1961, p. 318.

Pero hay ciertas circunstancias sociales en que los derechos privados deben sacrificarse; por eso se ha dicho que "nadie tiene derechos irrevocablemente adquiridos frente a una ley de orden público"

De suerte que para que haya retroactividad propiamente, no basta que las leyes se refieran a situaciones estabilizadas al amparo de una ley anterior; es indispensable que haya alteración de derechos adquiridos. El caso más difundido de retroactividad es de expropiación por causa de utilidad pública, pero es una retroactividad particular. En cambio, si una ley quita el derecho de propiedad raíz a los particulares para atribuirla a la sociedad o al Estado, tendríamos una ley general retroactiva. No puede hablarse de posible retroactividad en la esfera del derecho público donde no actúan los derechos adquiridos.

“La doctrina civilista ha tratado estos conceptos, dada su trascendencia, si bien en líneas generales se realiza un encuadre muy superficial, al estar obligados a analizar el principio de irretroactividad en parte general. Una definición bastante ejemplificativa de la retroactividad la encontramos en GARCÍA VALDECASAS, quien la define como «la atribución a una norma o a un hecho jurídico, de los efectos que habría producido de haber estado vigente aquella o haber existido éste, en un tiempo anterior a aquel en que efectivamente entró en vigor la norma o se produjo el hecho». CAPILLA RONCERO la conceptúa de la siguiente manera: «la aplicación de la norma nueva a hechos o situaciones que tuvieron su origen bajo el imperio de la norma antigua», define la irretroactividad por exclusión. Realizando una escueta reflexión sobre estas dos definiciones vemos que una de ellas pone el acento en la vigencia y la otra en la aplicabilidad.

Preceptivo es hacer referencia a DE CASTRO, quien a la hora de establecer una definición de retroactividad entiende que se produce «cuando a

una relación jurídica conformada por una norma jurídica de fecha anterior la es aplicada una ley nueva, de fecha posterior, de modo que le afecte de modo sustancial». Se ha considerado, como leyes de efecto retroactivo aquellas que conceden nuevo vigor a una ley anterior o restablecen derechos que no debieron ser negados o desconocidos.

Cabe recordar que la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de las leyes va unida a la transitoriedad. Ejemplos de Disposiciones Transitorias que recogen la irretroactividad es la Disposición Transitoria de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles: «los contratos celebrados y las ofertas contractuales emitidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por la legislación anterior» o la Disposición Transitoria de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: «la presente ley no será de aplicación a la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos puestos en circulación antes de su entrada en vigor. Esta se regirá por las disposiciones vigentes en dicho momento». Por el contrario establecen la retroactividad de la norma las Disposiciones Transitorias recogidas en la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero: «la presente Ley será de aplicación a las obligaciones nacidas de hecho producidos o relaciones constituidas tras su entrada en vigor, y a todas aquellas en las que el derecho a exigir el interés, en defecto de convenio, nazca o se devengue con posterioridad a su vigencia». O la Disposición Transitoria contenida en la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo: «la mujer casada que hubiere perdido su vecindad por seguir la condición del marido, podrá recuperarla declarándolo así ante el Registro Civil en el plazo de un año a partir de la publicación de esta Ley»⁴²

⁴² <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/>

En todos los pueblos se hace sentir esa necesidad, puesto que siempre y en todas partes hay que innovar o modificar el derecho existente, y por tanto, surge siempre la cuestión del derecho transitorio, es decir, de la retroactividad o no retroactividad de las nuevas leyes.

El tránsito de la ley antigua a la nueva hace que nos planteemos hasta qué punto ésta última debe apoderarse de las situaciones jurídicas creadas al amparo del Derecho anterior. La retroactividad supone que una ley dictada según unas determinadas circunstancias, lleva aparejada un cambio de las situaciones jurídicas en aquellos momentos ya existentes anteriormente, en este entendido es precautelar los derechos más elementales, y su posible promoción, de responsabilidades de los progenitores frente a los derechos humanos y naturales de sus hijos.

2.2. JUSTIFICACIÓN DE LEYES RETROACTIVAS

La regla general es que no sean retroactivas, Sin embargo las leyes que se limite a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio. Cuando se dicta cualquier ley el problema es que hay muchas situaciones que nacieron bajo el imperio de otra ley y siguen desarrollándose bajo la vigencia de una ley nueva. Otro problema es que hay muchas situaciones que, no obstante haber terminado de producirse, siguen produciéndose sus efectos bajo el amparo de la ley nueva. Por eso se hace necesario determinar el ámbito de aplicación de la ley nueva. Un clásico ejemplo se tiene cuando se dicta una ley expropiatoria que debe cumplir con una serie de requisitos y por causa de utilidad pública o internacional, calificada esa causa por el legislador y teniendo siempre el expropiado derecho a una indemnización por el daño causado, del mismo modo existe la necesidad en el ámbito familiar cuando se trata de beneficiar a los

niños, niñas y adolescentes tanto en su educación como en el bienestar de su desarrollo mismo.

Se entiende que estas leyes, por la gravedad que implican son muy excepcionales.

“1.- El primer fundamento es la meta de evolución o progreso social (a pesar de que se vulnera la seguridad jurídica) Necesidad de adaptación.

2.- Además hay situaciones que requieren de estas leyes en favor de la justicia o equidad (ej. derogación esclavitud)

Características del efecto retroactivo de las leyes

1.- La retroactividad se dirá expresamente, por su carácter de excepción.

2.- La retroactividad es de derecho estricto. Su interpretación y aplicación debe ser estrictiva, o sea, sólo aplicable en un caso señalado.

Retroactividad de las leyes interpretativas

Una ley interpretativa se dedica a declarar el verdadero sentido o alcance de otra norma. Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas a éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio. Las leyes interpretativas se entienden incorporadas a las leyes interpretativas.

Sentencia judicial ejecutoriada: sentencia contra la cual no se puede interponer proceso alguno.

Cuando el legislador dice que una ley es interpretativa se entiende que es retroactivo. Si el legislador dicta una ley que en realidad es modificatoria y

dice que es interpretativa, obligatoriamente se le tiene que dar carácter retroactivo.

No siempre el juez sabe en qué casos aplicar una ley con efecto retroactivo. ¿Siempre que el juez aplica una ley a situaciones pasadas le está dando efecto retroactivo?

Con respecto a este problema se han planteado: La teoría de los derechos adquiridos, con facultades legales o simples expectativas (teoría clásica)

Hay una serie de casos en que el juez no va a tener ningún problema en resolver ej. leyes retroactivas, disposiciones transitorias (señalan al juez el camino a seguir cuando hay otra ley que regula un situación que otra ley también regula). Al juez le toca señalar los límites de la nueva normativa con respecto a los hechos, actos o situaciones anteriores a la entrada en vigencia de la normativa”⁴³

2.2.1. Teoría Clásica de la Retroactividad

“Para la teoría clásica va a haber retroactividad cuando la ley lesiona intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de una ley antigua. No va a ser aplicado retroactivamente cuando la ley nueva vulnera meras facultades legales o simples expectativas.

Derecho adquirido: Toda prerrogativa de derecho que es consecuencia de una hecho apto para producirlo bajo una ley vigente en que el hecho se ha realizado y que ha entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la

⁴³<http://es.wikipedia.org/wiki/Retroactividad#mw-head>

persona sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlo valer se presente en el tiempo en que rige otra ley.

Facultades legales: son los supuestos para adquisición de un derecho y las posibilidades de ejercerlos y tenerlos. Una persona que tiene facultad de adquirir derechos tiene facultad legal. Ej. hacer un testamento.

Capacidad de ejercicio: Capacidad para ejercer los derechos que uno tiene sin que sea necesario autorizaciones o intermediarios (en Chile se adquiere a los 18). Si se dicta una ley que dice que la mayoría de edad es a los 21, los que tienen menos de 21 pero más de 18, según la teoría clásica, son incapaces de ejercicio. Porque la capacidad de ejercicio sería un facultad legal y no un derecho adquirido.

Simplex expectativas: Son las esperanzas de adquirir un derecho bajo la ley vigente, aún no convertidos en derecho por falta de algunos requisitos que pide la ley⁴⁴

2.3. LA RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD EN DERECHO.

El principio jurídico de irretroactividad y su ruptura. Lo general siempre será la irretroactividad de la Ley, sin embargo no se puede desconocer lo Particular que en este caso sería la retroactividad en determinadas materias a legislarse con excepcionalidad, la misma se da por el peso de la necesidad en la evolución y desarrollo del Derecho, como el caso de la asistencia familiar con el efecto desde el reconocimiento de la Paternidad, es más otros países asumen el efecto retroactivo de asistencia familiar desde el nacimiento de un

⁴⁴ <http://es.wikipedia.org/wiki/Retroactividad#mw-head>

nuevo ser humano, con la intención de precautelar sus derechos más básicos para su crecimiento integral.

“La retroactividad es, en una sucesión temporal de leyes, la aplicación de la norma jurídica nueva a supuestos de hecho, actos, relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que, por tanto, tuvieron su origen bajo el imperio de la norma derogada.

Tal y como señala Legaz y Lacambra, la retroactividad sería aquella cualidad de las leyes en cuya virtud estas someten a nuevo examen las condiciones de validez de un acto regulado por la legislación anterior, modificando o suprimiendo sus consecuencias jurídicas: "se trataría pues, de una verdadera vuelta atrás de la ley", y como tal de un atentado a la seguridad jurídica, en la medida en que ésta exige que las situaciones creadas al amparo de un ordenamiento jurídico cualquiera no se vean alteradas libremente por una norma surgida con posterioridad.

Para que pueda existir un problema de Derecho transitorio, necesariamente se habrá de producir un supuesto de hecho, acto, relación jurídica y/o situación que se prolongue en el tiempo durante la vigencia de dos - o más- normas.

Ahora bien, de la misma forma que la retroacción o regresión supone la acción de una medida que surte efectos con anterioridad a su declaración, se puede decir, con carácter general, que la retroactividad de una norma jurídica consiste en la posibilidad de que su aplicación afecte "a un tiempo anterior o ya transcurrido", previo a su vigencia formal.

"Sensu contrario", como corresponde a la noción contrapuesta de aquella, la irretroactividad de las normas consistiría en "el principio jurídico que

rechaza el efecto retroactivo de las leyes", las que sólo se aplicarían a los hechos sucedidos después de su entrada en vigor.

Sabido es que las normas jurídicas por su propia naturaleza tienen una eficacia limitada en el espacio y en el tiempo. Todo ordenamiento jurídico contiene normas que surgen en un determinado momento y, que, tal y como sucede con cualquier otra realidad humana, se extinguen o desaparecen en otro determinado momento temporal.

Su fuerza obligatoria la adquieren al concluir el período de "vacatio legis", que marca el momento de su entrada en vigor, y la pérdida de su validez se deberá a caducidad o derogación. La caducidad se produce por el transcurso del tiempo que la propia ley establece para su vigencia o por tener un objeto determinado y transitorio. La derogación presupone la existencia de una ley posterior, de igual o superior rango, que regule la misma materia. Podrá ser expresa cuando el legislador señale directa y nominalmente las normas que deroga, o tácita cuando una nueva ley resulte incompatible con la anterior. "Lex posterior derogat anterior".

En muchos casos, la pérdida de validez de una norma no impedirá que los actos realizados a su amparo puedan seguir produciendo consecuencias jurídicas. Surge entonces un conflicto entre dos leyes, la antigua y la nueva, y habrá de determinarse cuál de entre ellas deberá aplicarse y en qué grado, dando lugar a lo que la doctrina denomina "Derecho transitorio", y los alemanes conocerán como "Derecho inter temporal". Las conocidas como "disposiciones transitorias" tienen por objeto regular el tránsito -de ahí su denominación de una a otra norma, limitándose a ordenar cuál de ellas debe aplicarse.

La mejor doctrina, representada por Federico de Castro y Bravo, identifica dos modalidades de normas de transición: a) Las "disposiciones

transitorias" en sentido estricto. Son disposiciones especiales que se adjuntan a una norma jurídica y que tienen por finalidad acomodar su aplicación a las circunstancias creadas por la legislación anterior, delimitando así la eficacia de esa nueva norma. No es infrecuente, que la práctica legislativa omita contemplarlas o las contemple de manera incompleta, y b) Para suplir la falta de las anteriores, se dan reglas muy generales, que fijan el criterio del ordenamiento jurídico respecto al valor concedido, en general, a las situaciones que nacieron al amparo de una ley derogada (reglas sobre la irretroactividad). Reglas obtenidas mediante la interpretación, con las que se pretende regular el tránsito de la antigua a la nueva norma, limitándose a ordenar cuál de ellas debe aplicarse"⁴⁵

2.4. LA ORIENTACIÓN TEMPORAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS Y LA RETROACTIVIDAD

El concepto de retroactividad ha sido y es un problema constante de la dogmática jurídica, por la importancia práctica que éste conlleva en todas las ramas del ordenamiento jurídico, y a ese fin se han dedicado múltiples esfuerzos.

Pero es precisamente el hecho de que los esfuerzos han sido de tipo dogmático lo que quizá ha impedido llegar a un concepto general de retroactividad, puesto que se ha intentado dar una definición de ésta sin tratar de salir, al mismo tiempo, del marco dogmático concreto en que se realizaba la búsqueda, sin embargo el derecho en general reconoce por su mismo peso y necesidad la existencia de leyes retroactivas en diferentes ámbitos o materias al interior del mismo.

⁴⁵ <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/>

El concepto de retroactividad se utiliza a menudo en la práctica jurídica e incluso se halla plasmado en determinados preceptos constitucionales y de la legislación ordinaria.

“Aunque la afirmación de la inexistencia de un concepto de retroactividad y, al mismo tiempo, la aplicación retroactiva habitual de las normas en la práctica jurídica parezca paradójica, nada hay, sin embargo, más lejos de la realidad.

Esta situación paradójica es solamente el síntoma de que, pese al hecho de que no existe un concepto de retroactividad, sí que existen determinadas intuiciones sobre las características que tiene o debiera tener dicho concepto, las cuales son transmitidas de una forma más o menos práctica, y que permiten determinar algunas de las características de dicho concepto. Estas intuiciones básicas sobre la retroactividad son las que se exponen de la siguiente forma:

La primera es que el problema de la definición del concepto de retroactividad no puede ser resuelto, simplemente, por el mero hecho de la existencia de dichas intuiciones y su explicitación, por la sencilla razón que dichas intuiciones no tienen por qué ser correctas, coherentes o adecuadas.

La segunda es que se debe distinguir un estudio de las intuiciones presentes en la materia con un estudio doctrinal exhaustivo sobre el concepto de retroactividad y que se puede hallar en otros lugares. Sobre la retroactividad se ha vertido mucha tinta, con finalidades que han apuntado a la solución de problemas dogmáticos concretos. Por esta razón se pretende reconstruir el nivel previo a todas estas construcciones doctrinales, reduciéndolas a su mínimo común denominador, concluyendo el mismo en que: normalmente se entiende por retroactividad la aplicación de una norma a hechos que tienen lugar con anterioridad a su vigencia. En otras palabras la retroactividad se

encuentra estrechamente relacionada con el cambio, desarrollo y evolución de las relaciones sociales y el bienestar de sus ciudadanos en general”⁴⁶

2.4.1. Aplicación De La Norma En El Tiempo

La aplicación de la norma en el tiempo distingue la terminología de acuerdo a como debe procederse en la aplicación de la norma en el tiempo: INMEDIATA, ULTRATIVA, RETROACTIVA y DIFERIDA, según Marcial Rubio Correa las mismas llevan el siguiente contenido y fundamento:

2.4.1.1. Aplicación inmediata de la Norma

“Es aquella que se hace a hechos, situaciones o relaciones jurídica que ocurren durante la entrada en vigencia de la norma hasta el momento de quiebre, modificación o derogatoria.

Esta aplicación inmediata o necesaria de la norma se debe a lo que nosotros llamamos y vemos con frecuencia en los dictados de sentencia por los jueces o sanciones que corresponden a consecuencias jurídicas que tienen lugar o son consumados durante el periodo, desde que entra en vigencia la norma.

Entonces podemos decir que JUAN PÉREZ ha consumado un hecho con la vigencia de un ordenamiento jurídico, pues se le aplicara la norma que estuvo vigente en el momento de comisión del hecho.

2.4.1.2. Aplicación ultrativa de la Norma

Es aquella que se hace a los hechos, situaciones y relaciones que ocurren luego que ha sido derogada o modificada se manera expresa o tácita es decir, luego que termine su aplicación inmediata.

⁴⁶ <http://www.monografias.com/trabajos5/biore/biore.shtml#auto>

En el ordenamiento jurídico, nuestras normas se van modificando o derogando de manera expresa (por pronunciamiento de la misma norma) y tacita (por incompatibilidad de la norma), pero muchas veces en ese proceso hay situaciones o relaciones que han sido constituidas antes de que esta haya sido sometida a este proceso de modificación o derogación y que posteriormente después de la derogatoria se produzcan las consecuencias, pero que las consecuencias primarias ya habían tenido en su totalidad lugar en la legislación anterior.

Entonces, si Juan Pérez deja un testamento con el ordenamiento jurídico de 1936, pero el testador fallece después que entra en vigencia el código civil de 1984 derogando al anterior.

Si bien usamos las reglas de la lógica y los principios que este artículo establece, nos encontramos frente a un análisis ultrativo de la norma.

2.4.1.3. Aplicación retroactiva de la Norma

Es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones jurídicas que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia la norma, es decir, antes de su aplicación inmediata.

Esta aplicación retroactiva conoce dos modalidades:

“Aplicación retroactiva restitutiva: Es aquel caso en que la aplicación retroactiva es absoluta de acuerdo con las consecuencias jurídicas que derivan de sus supuestos. Es decir, modifica en su totalidad los hechos, relaciones o situaciones jurídicas.

Se refiere en su totalidad y su absolutismo ya que puede modificar las sentencias judiciales que hayan pasado a cosa juzgada. Este modelo de

aplicación retroactivo de la norma es prácticamente inexistente en nuestro derecho actual.

Aplicación retroactiva ordinaria: es aquel caso en el que la aplicación de la norma se hace de manera relativa. Esto quiere decir que modifica de manera parcial los hechos, relaciones o situaciones lo que significa que puede modificar actuaciones anteriores al momento del punto de quiebre de la norma, pero salvo las sentencias judiciales que hayan pasado en calidad de cosa juzgada.

Antecedentes:

Si se pone el ejemplo de la constitución del Perú de 1979 se va a encontrar que la aplicación retroactiva se daba en tres materias del sistema jurídico: derecho laboral, derecho penal y derecho tributario.

La retroactividad en el derecho laboral, es aquella que se daba cuando era favorable al trabajador. La retroactividad en el derecho tributario, es aquella que se daba cuando era más favorable al contribuyente; y La retroactividad en el derecho penal, es aquella que se hace cuando es más favorable al reo.

Actualidad

Siguiendo con el ejemplo, y con la entrada en vigencia de la constitución política del Perú de 1993 se tuvo que cambiar en modo de ver la retroactividad con respecto a dichas materias del sistema jurídico, puesto que nosotros vamos a encontrar en el artículo constitucional 103 que la retroactividad se da en materia penal salvo cuando es favorable al reo⁴⁷

2.4.1.4. Aplicación diferida de la Norma

Es aquella en que la norma, de manera expresa, ha señalado que deberá aplicarse en un momento futuro.

⁴⁷ <http://www.monografias.com/trabajos5/biore/biore.shtml#auto>

“Entonces, aquí nos encontramos a un modelo de norma especial, porque esta misma, expresamente, señala cuando debe aplicarse. Esto no significa que cuando no señala su aplicabilidad esta derogada temporalmente, sino que esta norma establece una *vacatio legis* que es característica de esta norma”⁴⁸

2.4.2. La Teoría General del Derecho frente a la aplicación de la norma en el tiempo y la Retroactividad.

“A) Teoría de derechos adquiridos.

Los antecedentes de los derechos adquiridos se encuentra en los derecho romano, la primera afirmación de los derechos adquiridos y las simples expectativas se atribuyen a BIONDEAU en 1926.

Los derechos adquiridos son los que han entrado en nuestro patrimonio, hace en parte de él y nadie no los pude arrebatarse, eso es hablando en un sentido patrimonial.

Analizando la teoría de los derechos adquiridos en función de los esquemas temporales diseñados al inicio de este trabajo, se podrá fácilmente comprobar que lo que en verdad propugna es que la norma bajo la cual nació el derecho, continúe rigiéndolo mientras tal derecho surta efectos, aunque en el trayecto exista un momento de quiebre en el que dicha norma sea derogada o sustituida. En otras palabras, lo que formalmente plantea la teoría de los derechos adquiridos es la *ultractividad* de la normatividad bajo cuya aplicación inmediata se originó el derecho adquirido.

⁴⁸ <http://www.monografias.com/trabajos901/legalidad-moralidad-escisión-moderna/shtm>

Los espectadores de la teoría, sin embargo, han planteado los casos de manera distinta sostienen que el derecho adquirido no puede ser modificado por normas posteriores porque, en ese caso, se estaría haciendo aplicación retroactiva de ellos.

La teoría de los derechos adquiridos no hace sino crear una ficción, llamando aplicación retroactiva a lo que en verdad es aplicación inmediata en afán de dar estabilidad normativa al llamado derecho adquirido.

En esta teoría se encuentra a cada paso del estudio las expectativas y facultades que se diferencia en los derechos adquiridos según la misma teoría. Como se avisto la teoría de los derechos adquiridos se puede definir como expectativa, según MARCIAL RUBIO CORREA, a la aspiración de la persona de obtener un imputación jurídica pero en potencia, pues no se ha verificado el hecho o acto que permita ser la actual. Por facultad debe entenderse la atribución jurídicamente otorgada a una persona para actuar válidamente de acuerdo al derecho o en cierta rama de actividad.

Las insuficiencias de la teoría de los derechos adquiridos, han llevado a otros autores a plantear diversas variantes:

BONNECASE nos exponen en situaciones abstractas y situaciones concretas que son criterios distintos que apuntan al mismo fin:

Expone que una ley es retroactiva cuando modifica o extingue una situación jurídica concreta; no lo es, en cambio, cuando simplemente limita o extingue una situación abstracta, creada por la ley precedente.

La situación jurídica será abstracta cuando se refiere a la manera de ser eventual o teórica en relación con una ley determinada. Por ejemplo: la

legislación peruana actual fija la mayoría de edad en 18 años. Si se emitiera una nueva ley que la fijara en 21, los menores de 18 años se encontrarían en una situación jurídica abstracta, es decir teórica o eventual respecto de dicha ley, y por lo tanto no existiría retroactividad cuando se les aplicara la nueva ley. Ahora, los mayores de 18 pero menores de 21 años ya se encuentran en una situación concreta respecto de la ley actual, la cual les ha conferido las ventajas y obligaciones inherentes a la mayoría de edad y si la nueva ley les restringiera o suprimiera la calidad de mayores, estaríamos en presencia de una aplicación retroactiva de la ley, pues se modificaría una situación jurídica concreta.

La situación jurídica abstracta es el marco (por ejemplo el parentesco de cierto grado en la sucesión hereditaria) dentro del cual puede producirse la situación jurídica concreta (calidad de heredero) en virtud de un hecho (muerte del causante)

Para determinar si una persona se encuentra en situación jurídica abstracta o concreta respecto de cierta ley, habrá que establecer si se ha producido el supuesto que condiciona el nacimiento de la consecuencia.

JOSSERAND defiende la fórmula de los derechos adquiridos pero admite que no es posible formar una lista invariable de los derechos adquiridos o de las simples expectativas, sino que trata también de una cuestión de tacto, de sentimiento, de oportunidad.

BORDA sostiene que con las expresiones: “ he adquirido un derecho”, “tengo un derecho adquirido”, se sabe muy bien lo que se quiere expresar. Se trata de un derecho que me pertenece, del cual soy titular, que está incorporada en mí patrimonio si es de índole económica.

En el código civil derogado de 1936 adopto en forma expresa la doctrina de los derechos adquiridos como medio de solución de conflictos surgidos a consecuencia de la aplicación de las leyes en el tiempo.

B) Teoría de los hechos cumplidos.

Esta teoría significa que la nueva ley alcanza a los hechos futuros, pues los ya verificados (cumplidos) se rigen con la ley antigua entonces lo que hay que investigar, no es si un derecho se adquirió bajo el régimen de ley antigua, sino, si un hecho jurídico se cumplió totalmente estando vigente la norma derogada.

Según MARIO ALZAMORA VALDEZ expresa lo siguiente: la teoría del hecho cumplido, afirma que los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rige por esta; los cumplidos después de su promulgación por la nueva.

La tesis de Planiol:

Las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sean para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho.

Fuera de esos casos no hay retroactividad y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos incluso anteriores, sin ser retroactiva.

C) Teoría de la naturaleza y finalidad social de la nueva ley.

MESSINEO explica esta teoría en los siguientes términos: según se trate de leyes sobre adquisición de derechos, o bien de leyes sobre la existencia o el modo ser de los derechos, se debería aplicar el principio de la irretroactividad,

o, respectivamente el de la retroactividad. Esta distinción corresponde, en definitiva, a la distinción entre derecho privado (donde domina la exigencia de la certeza jurídica y se tiene en cuenta los intereses del individuo) y derecho público (donde domina la exigencia o puesta de las salvaguarda, interés general y donde todo puede ser modificado aun sin respeto de los derechos de los individuos)”⁴⁹

La Teoría de la naturaleza y finalidad social de la nueva ley, sin duda alguna reconoce y hace mención a la aplicación de la norma de manera retroactiva, siempre y cuando ésta se determine por una finalidad social, en este contexto la misma es de precautelar la asistencia familiar de los hijos, de familias separadas o divorciadas, con el único fin de asegurar el crecimiento integral de los mismos frente a la responsabilidad imperativa de los padres.

D) Teoría de las situaciones jurídicas abstractas y de las situaciones jurídicas concretas (cuyo exponente es el jurista francés Bonnetcase).

“Postula que por situación jurídica corresponde la manera de ser de cada uno frente a una regla de derecho. Solamente que, mientras por la noción de situación jurídica abstracta entendemos la manera de ser eventual o teórica de cada uno respecto de una ley determinada, sucede de distinta manera con la situación jurídica concreta. Esta es, en oposición a la situación jurídica abstracta, la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto o de un hecho jurídico que ha hecho actuar en su provecho o en su contra las reglas de una institución jurídica, confiriéndole al mismo tiempo y efectivamente, las ventajas o las obligaciones inherentes al funcionamiento de esta institución.

⁴⁹ <http://www.monografias.com/trabajos901/legalidad-moralidad-escisión-moderna/shtml>

E) Teoría de los hechos pasados y de los hechos futuros (cuyo representante es Planiol).

Postula de forma concreta que la ley es retroactiva cuando se aplica al pasado, ya sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, ya sea para modificar y suprimir los efectos de un derecho, efectos que se han realizado”⁵⁰

2.5. DIFERENCIAS ENTRE LA ULTRACTIVIDAD Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY

2.5.1. Ultractividad de la Ley

Por lo general, una norma solamente rige hacia el futuro, pero puede presentarse la ultractividad de la ley, es decir cuando una ley derogada sigue produciendo efectos y sobrevive para algunos casos concretos, Como en el caso de las leyes procesales, puesto que las actuaciones y diligencias deben regirse por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

“En el derecho penal, por el principio de la ley más favorable, se usa la ultractividad de la ley. Por ejemplo una ley que sancionara penas más leves para un determinado delito, regiría retroactivamente a los casos aplicables. La situación del cambio legislativo entre el delito y el proceso, está resuelta por diferentes Códigos Penales: “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. / Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. / En todos los

⁵⁰Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria,
CP. 04510, México, D.F.

casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.”⁵¹

2.5.2. Retroactividad de La Ley:

Ya en materia, hay que decir que la problemática de la retroactividad se plantea como la eterna pregunta estudiada de forma pormenorizada en contadas ocasiones y debates.

“Retroactividad en su sentido etimológico significa «retro agere», accionar hacia atrás, obrar hacia atrás; de acuerdo con las fuentes romanas se acude a las siguientes expresiones: «retroagitur», «reducitur» o «res retroducitur». A partir de las sentencias de diferentes Tribunales Constitucionales que abordan el tema, tampoco es posible deducir un concepto de retroactividad, sino exclusivamente «una doctrina general que recoge las reglas a seguir para aplicar retroactivamente la Constitución. Preceptivo es hacer referencia a DE CASTRO, quien a la hora de establecer una definición de retroactividad entiende que se produce «cuando a una relación jurídica conformada por una norma jurídica de fecha anterior la es aplicada una ley nueva, de fecha posterior, de modo que le afecte de modo sustancial. Se ha considerado, como leyes de efecto retroactivo aquellas que conceden nuevo vigor a una ley anterior o restablecen derechos que no debieron ser negados o desconocidos”⁵²

⁵¹ <http://www.monografias.com/Derecho/index.shtml>

⁵² <http://www.monografias.com/trabajos4/leyes/leyes.shtml>

2.6. MODALIDADES DE LA LEY RETROACTIVA

2.6.1. Retroactividad Expresa o Tácita

La aplicación retroactiva de una norma puede establecerse de forma expresa, cuando en ella se ordena tal aplicación, o de forma tácita, si así se desprende de su contenido, bien por sus términos o por el sentido o la finalidad del texto legal.

Es frecuente, que muchas normas jurídicas regulen en sus disposiciones transitorias, los problemas intertemporales que puedan surgir entre la aplicación de la nueva norma y la de aquélla, o aquéllas, que deroga. Cuando se carece de estas disposiciones transitorias, se plantea el doble problema de determinar, en primer lugar, si la norma tiene eficacia retroactiva y posteriormente, caso afirmativo, en qué grado.

“Tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la existencia de una aplicación tácita de la retroactividad.

Los supuestos de aplicación retroactiva, cuando ésta se produce de forma expresa, no tienen otra posibilidad de oposición que aquélla que se derive de su inconstitucionalidad, de producirse vulneración en algún supuesto de la legislación constitucional, se debe sustanciar a la interpretación de las normas de derecho transitorio que ordenen la retroactividad ha de realizarse en sentido restrictivo y, por tanto, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas.

Mayor dificultad para su apreciación es la que presentan aquellos casos en los que la retroactividad se deduce de la propia norma, bien por los términos de su redacción, por la finalidad de su mandato o cuando la razón de la ley así lo exija, ya que, de prosperar la tesis contraria, el medio de burlar el propósito

del legislador estaría a disposición de los interesados en contradecirlo; en cuyo caso sus disposiciones habrán de entenderse aplicables a los tractos futuros de la relación en curso de ejecución, sin que pueda afectar esta retroactividad tácita a situaciones ya agotadas, el mismo que tienen un carácter de excepcionalidad”⁵³

2.6.2. Retroactividad y su Interpretación

Cuando la ley carezca de disposiciones transitorias que regulen la posible retroactividad habrá de realizarse una labor de interpretación, que necesariamente tendrá sentido restrictivo a favor de la no presunción, pero el mandato retroactivo tácito de la norma es reconocible, según la doctrina científica y la jurisprudencia, cuando así se derive del sentido, carácter y finalidad de la ley, lo que sucede cuando el contenido de la nueva norma revele que para ser aplicada es imprescindible darle aquel efecto, cuando se trata de eliminar situaciones incompatibles con los fines morales o sociales de la nueva disposición y cuando ésta tenga por objeto el establecimiento de un régimen general y uniforme.

“Supuestos de retroactividad tácita lo constituyen las normas interpretativas y las disposiciones reglamentarias que son mero desarrollo de la norma principal. Las normas interpretativas, también denominadas aclaratorias, adquieren eficacia desde aquel momento en que la norma interpretada por ellas hubiera entrado en vigor. Ello se deduce de la propia naturaleza de estas disposiciones, cuya finalidad es delimitar la aplicación de otras normas, dando una interpretación auténtica, un mandato del legislador que impide interpretaciones arbitrarias.

⁵³ http://libros-revistas-derecho.vlex.es/promos/ES/step_one

Las disposiciones reglamentarias constituyen también formas de retroactividad tácita, como se deduce de su naturaleza, toda vez que estas normas no modifican los derechos contenidos en la ley que desarrollan, limitándose tan sólo, aunque en la práctica se dan desafortunadas excepciones, a facilitar la aplicación de la ley, completándola y fijando reglas para su cumplimiento. Por ello, al no crear ni modificar derechos, las disposiciones reglamentarias se aplican desde aquel momento en que la norma desarrollada adquirió validez.

Para las leyes y disposiciones de estricto carácter procesal, rige en principio la irretroactividad como regla, por cuanto supone mayor protección de los derechos en litigio rige la excepcionalidad de la retroactividad siempre y cuando su interpretación favorezca el bien e interés común de cualquier sociedad”⁵⁴

2.7. RETROACTIVIDAD EN EL ÁMBITO CIVIL

El principio de irretroactividad no es tan estricto en el ámbito civil de diferentes países, como por ejemplo se puede observar en el artículo 3 del Código Civil argentino, el mismo que establece que las leyes a partir de su vigencia se aplican aún a las consecuencias de las relaciones jurídicas que ya existen (Así por ejemplo, en un contrato que lleva intereses pagaderos en cuotas periódicas, y se sancionara una ley que los limitara, las cuotas aún no abonadas serán cancelados respetando ese tope máximo). “Luego añade el mismo precepto, que no tienen efecto retroactivo “salvo disposición en contrario” lo que demuestra que en caso de silencio de la ley no lo poseen, pero sí lo tienen, si las leyes expresamente así lo establecen”.⁵⁵

⁵⁴ http://libros-revistas-derecho.vlex.es/promos/ES/step_one

⁵⁵ <http://derecho.laguia2000.com/>

Sin embargo la posibilidad de consignar la retroactividad tiene un límite, establecido por el mismo artículo 3, y es el de que jamás pueden afectar derechos constitucionalmente protegidos, derechos adquiridos, por ejemplo si afectaran el derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 del texto constitucional Argentino. Esta posición de defensa de los derechos patrimoniales sostenida por la Corte Suprema Nacional.

La naturaleza misma del ámbito civil y sobre todo en materia familiar hace notar la necesidad del efecto retroactivo, para subsanar lagunas jurídicas que vayan en desmedro de derechos de niños, niñas y adolescentes, ya que se busca la protección social en primera instancia y jurídica para que tenga fuerza coactiva de cumplimiento en caso de desobediencia por los obligados.

2.8. LA RETROACTIVIDAD EN LAS LEYES BOLIVIANAS

2.8.1. La Retroactividad de la Ley y sus excepciones en la Constitución Política del Estado de Bolivia

En Bolivia y su actual Constitución Política del Estado, a partir de la vigencia de nuestra carta magna, se establece la retroactividad ya no solo en materia penal, cuando favorece al reo, o en materia laboral o social cuando favorece al trabajador, sino también ahora el carácter retroactivo de la norma será en materia de actos de corrupción.

En el caso de materia penal, el problema de la retroactividad y de la irretroactividad no es más que una manifestación de la función garantizadora que tiene el proceso penal, que está previsto en nuestra nueva Constitución Política del Estado en el Art. 117 párrafo I° que dice “Ninguna puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso...” El modo de comprobar el proceso, es aplicando la ley vigente al día en que se cometió el hecho, empero en el Art. 123 de la C.P.E. dice:” La ley solo dispone

para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado.

Por principio general se habla de irretroactividad, pero por lo que menciona el Art. 123 de la C.P.E. Y su mandato mayormente se aplica en el momento procesal en que se está dictando la sentencia Ej. Un hecho o delito se ha suscitado en enero del año 2007, y para ese tiempo tenía una sanción de 10 años de presidio, posteriormente en mayo o junio se sanciona una ley modificatoria de ese artículo y dice que la sanción máxima será de 5 años de presidio. En ese caso el derecho está beneficiando al encausado, o puede ser as la inversa que sea la sanción de 15 años, entonces se aplica con carácter retroactivo el que está siendo beneficiado.⁵⁶

En materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución. Art. 123 C.P.E. Este carácter retroactivo que establece la Constitución se ratifica en la ley N°004 Ley de lucha contra la corrupción. Enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”.

2.9. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO ESTABLECE LA RETROACTIVIDAD PARA INVESTIGAR Y SANCIONAR HECHOS LESIVOS AL ESTADO.

La C.P.E establece dos ámbitos de retroactividad de investigación y de sanción, el primero son los derechos laborales y en los delitos de corrupción. (2010. La razón, La Paz 1 de Marzo: Pág. 45)

⁵⁶Derecho procesal Penal, Carlos J. Villarroel Ferrer, Pag. 45

La Constitución Política del Estado establece dos ámbitos de retroactividad de investigación y de sanción, el primero son los derechos laborales que benefician al trabajador y en los delitos de corrupción referidos a daño económico al Estado, informó el presidente en ejercicio de la nación, Álvaro García Linera.

"Lo que hace la Ley es desarrollar el mandato de la C.P.E, no está incorporando una figura nueva, por lo que no habría por qué tener preocupación y miedo", subrayó.

García Linera agregó que toda investigación hacia atrás en cualquier tema beneficia a la verdad. "La verdad nos hace libres y es un sustento de cohesión de una sociedad democrática, por lo que no hay que tenerle miedo a la verdad", dijo.

Señaló que es necesario investigar y sancionar como corresponde en defensa de los intereses nacionales y de la democracia.

2.10. CRÍTICA A LA LEY DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

2.10.1. El Porqué la “ley Marcelo Quiroga Santa Cruz” puede ser denunciada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*Análisis teórico ante posibles demandas internacionales por la ley corrupción en Bolivia*⁵⁷

Bajo los principios de los Derechos Humanos, la promulgación de la ley Marcelo Quiroga Santa Cruz N° 04 del 31 de Marzo de 2010, la cual a partir de la fecha es aplicable para todo servidor público en ejercicio inclusive los ex servidores

⁵⁷El autor es Defensor de Derechos Humanos en Bolivia Ex Strio Relaciones Internacionales APDHBLic. Marcelo H. García Monroy

públicos dentro del "Órgano del Estado Plurinacional"⁵⁸.F.F.A.A, Policía Nacional, Personas Privadas naturales y jurídicas que hubiesen causado daño económico al Estado, etc., la mencionada ley vigente posee la cualidad de retroactiva en base conforme al art 123 de la C.P.E:

"La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá **efecto retroactivo, excepto en** materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; **en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado;** y en el resto de los casos señalados por la Constitución."⁵⁹

Ahora bien la misma C.P.E en el Art 256 señala

I. "Los tratados e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiere adherido el estado que declare derechos más favorables a los contenidos en la Constitución se aplicaran de manera preferente a ésta.

II. "Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos prevean normas más favorables".

Esto puede interpretarse que los tratados de DDHH tienen la cualidad de supra constitucionalidad y por ende si los mismos poseen normas más favorables se aplican con preferencia a la misma. Los tratados e instrumentos de DDHH como la Declaración Universal de Derechos Humanos en el Art 11 numeral 2 sobre la retroactividad de la norma señala que:

⁵⁸ Podríamos interpretar entonces que los funcionarios públicos de la República de Bolivia anteriores al inicio del proceso de cambio están exentos del alcance de esta ley.

⁵⁹ REPÚBLICA DE BOLIVIA, NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO Art. 123. Pag.33

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito

Ahora bien la Convención Interamericana de Derechos Humanos o pacto de San José de la cual Bolivia es parte sobre el mismo punto señala que:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En este sentido la ley "MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ" la cual ha sido aceptada ampliamente por toda la ciudadanía boliviana por la "**legitimidad**" que rodea a esta que busca sancionar a aquellos que se enriquecieron a costa de todos los Bolivianos en su forma y concepción podrá llegar a ser denunciada ante el sistema interamericano incluso antes de ser puesta en aplicación en este sentido la Corte Interamericana de DDHH ha señalado que:

"la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades

protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.”⁶⁰

Esta posibilidad no ha sido considerada por los legisladores al momento de proyectar la ley contra la corrupción, pues los tratados de DDHH deben ser cumplidos de "buena fe" y la normativa interna adecuarse a la misma, el derecho internacional de los derechos humanos llega a imponer obligaciones al Estado Boliviano y no se puede invocar la normativa interna del país esto es un principio general del derecho internacional y han sido aplicadas incluso codificadas en la Convención sobre el Derecho de los Tratados⁶¹, Este dato es de suma importancia pues la denomina buena fe debe de cumplimiento inclusive de disposiciones de carácter constitucional, es en este sentido que la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia han fallado en casos como :

Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32;

Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24;

Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47.

Este artículo por tanto desea constituirse en una llamada de atención dirigida a nuestros gobernantes a efecto de recordarles que dentro del deberes que tiene el Estado con respecto a los DDHH de garantía y respeto, la promulgación de leyes que no se ajustan a la Convención es también una vulneración a la misma y por ende a todos los DDHH por el principio de interdependencia de los mismos, siguiendo las opiniones consultivas de la Corte Interamericana esta ha señalado que inclusive la propia Comisión llega a

⁶⁰ Corte Interamericana de DDHH "Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención" (arts. 1 y 2 convención americana sobre derechos humanos) opinión consultiva oc-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

⁶¹Convención Sobre el Derecho de los Tratados de 1969 Art 26, 27

ser competente conforme el art 41, 42 de la Convención para considerar que una norma de derecho interno viola la Convención Interamericana de Derechos Humanos.⁶²

En este sentido al momento que la Comisión Interamericana llegue a tener conocimiento por cualquier medio de esta flamante Ley contra la corrupción y en el supuesto de que llegue a calificar las mismas como contrarias a la Convención puede recomendar **la derogación o reforma de la norma legal de referencia.**⁶³

En este sentido si se da el caso de la aplicación de la ley Contra la Corrupción "Marcelo Quiroga Santa Cruz" aquellos que se sientan víctimas podrán denunciar al Estado Boliviano incluso sin agotar recurso internos a efecto de precautelar sus derechos mediante las llamadas medidas provisionales.⁶⁴

Espero que esta alerta sea tomada en cuenta por nuestros gobernantes para que el proceso de cambio siga adelante y estos errores no sean aprovechados por los contrarios al proceso.

Ciudad del Alto de La Paz, nueve de Abril 2009

2.11. CRITICA A LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY.

"Las leyes penales retroactivas son para países fascistas", afirmó el diputado de la Lista 15 de Uruguay, José Amorín Batlle, al comentar la iniciativa de la izquierda que procura declarar imprescriptibles los casos de desapariciones cometidas durante la dictadura.⁶⁵

⁶² Corte Interamericana de DDHH "Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos" OC , supra 37, parte resolutive 1

⁶³ Convención Interamericana de Derechos Humanos Art. 41.b ; o si hubiese denuncia mediante los Art. 49 y 50

⁶⁴ Sistema Interamericano de DDHH Conforme el Art. 63.2 de la Convención; art. 29 del Reglamento de la Comisión

⁶⁵ <http://w.w.u.cursos.cl/derecho/2007/chile>

En relación al anuncio de la presentación de un proyecto de ley que impulsa el senador Enrique Rubio, para declarar imprescriptibles los casos de desaparecidos hasta tanto no aparezcan los restos, Amorín señaló que "las leyes penales que imponen delitos no son retroactivas".

Dijo que "si están pensando en hacer ahora una ley que va a imponer una nueva pena para cosas que ocurrieron en el pasado, es un pensamiento que sólo ocurre en los países fascistas". "Prefiero pensar que no es eso lo que se pretende, pero si lo fuera francamente me sorprende, porque no forma parte de la tradición uruguaya en materia penal", subrayó. "No se puede calificar ahora como un delito permanente a hechos que, si efectivamente ocurrieron, en su momento no estaban calificados de esa forma", sostuvo.

El abogado constitucionalista boliviano, Carlos Alarcón, en coincidencia con José Amorín Batlle, afirmó que la retroactividad planteada en la Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas, "viola principios universales de Derechos Humanos, compara la norma con acciones del régimen nazi de Adolfo Hitler en Alemania".

"En ningún sistema de Derechos Humanos se permite esa aberración de aplicar retroactivamente leyes, eso lo hacía en la época de segunda guerra, en el régimen nazista de Hitler", dijo.

Recordó que como consecuencia de la caída de Hitler, nace la Organización de las Naciones Unidas, sobre la base del principio legalidad y de respeto a los derechos humanos, donde se estipula que no debe existir retroactividad".

2.11.1. No Existe Crimen sin previa Ley

La doctrina jurídica universal dice: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Para el efecto, existen dos principios claves, para entender mejor el conflicto, que siempre ha provocado controversia a nivel universal, para ver si es necesario aplicar la ley con retroactividad o no.

"La retroactividad consiste en la aplicación de la norma jurídica a supuestos de hecho, actos, relaciones jurídicas y/o situaciones existentes con anterioridad al inicio de su vigencia formal".

"La irretroactividad consiste en el principio jurídico que rechaza el efecto retroactivo de las leyes".

El Código Penal establece que no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se haya establecido por ley anterior a su perpetración. La prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no se limita al ámbito estrictamente penal sino que cubre también las de carácter administrativo.

Algunos penalistas sostienen el principio de legalidad, en el entendimiento de que la fórmula nullum crimen sine lege (no existe crimen sin ley) se expresa en el aspecto nullem crimen sine previa lege (no existe crimen sin una previa ley).

El principio de legalidad, cuya expresión clásica en materia penal suele atribuirse a Feubach, supone que no puede considerarse como delito sino la acción u omisión conminada legalmente con una ley, por lo que todo delito, para serlo ha de tener asignada una pena legal. De tal manera que la aplicación de cualquier pena presupone, en 1er lugar una ley previa anterior, posteriormente la realización de la infracción prevista en el tipo legal; y finalmente, la sanción vendría determinada por pena legal.

2.11.2. Las Leyes son para el Futuro

Casalvó dice que si la ley es ordinatoria, y no mero acto de voluntad del legislador, es indudable que siempre debe ir dirigida al futuro. Los supuestos de aplicación retroactiva, cuando ésta se produce de forma expresa, no tienen otra posibilidad de oposición que aquélla que se derive de su inconstitucionalidad.

En todo caso, la interpretación de las normas de derecho transitorio que ordenen la retroactividad "ha de realizarse en sentido restrictivo y, por tanto, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas".

José María Suárez Collía, docente de la Universidad Complutense de Madrid, dice que al no crear ni modificar derechos, las disposiciones reglamentarias se aplican desde aquel momento en que la norma desarrollada adquirió validez.⁶⁶

La irretroactividad de las leyes significa que las normas legales rigen a partir de su vigencia sin poder aplicarse a situaciones pasadas, sobre todo por razones de seguridad jurídica. Imagínense la situación de que alguien cometiera un hecho en ese momento no calificado como delito, y al momento

⁶⁶ Fuentes: Discurso Preliminar al Código Civil Francés, Jean Etienne Portalis, EFE, ANF, Doctrina Jurídica Universal, Código Penal de España, Código Penal de Bolivia, Revolución Francesa, José María Suárez Collía, Wiki pedía, Internet. <http://www.lapatriaenlinea.com/?nota=24115>

de ser juzgado rigiera otra ley que sí lo condenara, y ésta pudiera serle aplicada.

La irretroactividad de las leyes penales estuvo ya consagrada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dictada por la Asamblea Nacional durante la Revolución Francesa de 1789. El artículo 11 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, también dispone que nadie puede ser susceptible de condena si sus acciones u omisiones no eran delito según el derecho de su país o el internacional en el momento de cometerlos o abstenerse.

2.11.3. Naturaleza Jurídica del Principio de Irretroactividad de La Ley.

Desde los canonistas antiguos -V.gr. Pedro Lombardo-, se consideraba que, para que una ley fuese retroactiva, debía tener unas razones muy especiales que ameritaran tal efecto extraordinario. Los estudiosos del derecho canónico estimaban la irretroactividad como derecho divino, al paso que la retroactividad era de derecho humano.

La irretroactividad nace en el derecho romano y se extiende luego por el mundo, convirtiéndose en un principio de aplicación de la ley aceptado universalmente; es decir, válido en todos los tiempos y en todos los lugares. Hay que plantearse tres interrogantes acerca de la irretroactividad de la ley: en primer lugar, cuál es su fundamento; en segundo lugar, cuál es su esencia y, en tercer lugar, cuál es su finalidad. Así puede darse un concepto nítido sobre la naturaleza jurídica del principio de irretroactividad.

2.11.4. Fundamento de la Irretroactividad.

El fundamento es la base sobre la cual se asienta o estriba una realidad, y cuando se pregunta cuál es la base que funda la realidad jurídica del principio de irretroactividad, se observa que es la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico. Porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, de suerte que en muchas ocasiones con una conveniencia presente se regulaba una situación pasada, que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

“En general -escribe Valencia Zea-, el efecto retroactivo está prohibido por razones de orden público. Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. Además especialmente cuando se trata de la reglamentación de toda una institución jurídica, existe verdadera imposibilidad para regular el efecto retroactivo”. A. VALENCIA ZEA. Derecho Civil. Tomo I. Bogotá, Temis, 1989. p. 184.

El orden público exige, en materia tributaria, la existencia del principio de irretroactividad. Y lo tiene que exigir, porque la noción de orden es la armonía de las partes entre sí y de éstas con el todo. Y no puede haber armonía si no existe adecuación jurídica y sentido de oportunidad de la ley en su aplicación en el tiempo. Si la eficacia de una norma es fuera de oportunidad, es inadecuada, y al serlo se torna en inconveniente; y lo que es contrario al principio de conveniencia regulativa es también contrario, por lógica coherencia, al orden público, pues éste riñe con toda falta de armonía.

El tiempo, dimensión necesaria para el entendimiento humano, determina siempre, directa o indirectamente, el sentido de la oportunidad normativa. Es evidente que la ley tributaria debe tener una eficacia temporal; de ahí que, sobre todo cuando se impone una obligación de hacer, el aspecto temporal es substancial, y entonces el acto de retrotraer abstractamente los efectos reales a situaciones de hecho, que en su momento generaron consecuencias jurídicas proporcionadas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, equivale a otorgar un efecto no adecuado a la verdadera causa.

Igualmente, la seguridad jurídica es requisito para la configuración del orden público. Si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente no pueden los destinatarios de la ley estar gozando del derecho a la seguridad. La incertidumbre ante la actuación del Estado impide la seguridad debida a cada uno de los asociados. Si la ley tributaria modifica situaciones jurídicas definidas por el mismo legislador, sin una finalidad de favorabilidad en cuanto a las cargas tributarias, por ejemplo, incurre, no sólo en una contradicción, sino en el desconocimiento del derecho adquirido y legítimamente constituido. La consecuencia, entonces, es que la actividad del legislador estatal deja de cumplir con una finalidad esencial a su razón de ser: la seguridad y tranquilidad de los asociados.

2.12. RESPECTO A LA LEY A ANTICORRUPCIÓN LA CRÍTICA A LA MISMA Y SU RELACIÓN CON LA RETROACTIVIDAD FAMILIAR.

Entonces al respecto podemos afirmar que la Ley N° 004 del 2010 anticorrupción tiene un gran apoyo de la ciudadanía por ser demandas legítimas, porque quien no estaría de acuerdo en sancionar a personas sean o no públicas que de la noche a la mañana aparecen con grandes fortunas de dudosa procedencia. Al igual que esta ley existen otras que pueden llegar a ser

objeto de crítica, inconformidad que no convencen. Pero de un análisis jurídico se puede concluir que existe una verdadera necesidad, tal es el caso de la propuesta de la presente tesis sobre “**LA RETROACTIVIDAD DE LA ASISTENCIA FAMILIAR**” que indudablemente tiene toda la legitimidad por la investigación realizada en los ámbitos correspondientes y particularmente en la sociedad civil y familiar, pero en el aspecto jurídico llevado al análisis respectivo también encontraríamos dificultades en su aplicación pero siempre será un motivo del debate por los diversos factores que hacen a esta problemática como ya lo demuestra nuestro trabajo de campo.

CAPITULO III

LA IMPORTANCIA DE LA RETROACTIVIDAD DE LA ASISTENCIA FAMILIAR PRESERVANDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA FAMILIA.

La importancia de la retroactividad de la asistencia familiar preservando los Derechos Fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en la familia.

3.1 EN SU FORMACIÓN INTEGRAL.

La importancia de la retroactividad de la asistencia familiar, regulada de manera correcta y ecuánime, radica principalmente, en que es fundamental para su Formación integral, tanto para sus estudios, que es un factor de vital importancia la formación integral, de niños y adolescentes, como para su propia subsistencia,, alimentación, vestido, movilidad y otros.

Además, este cambio radical en la Ley tiene la ventaja de crear en los progenitores obligados, a un sentido de disciplina y responsabilidad para con sus hijos, ya que sabiendo que la asistencia familia es ineludible, acumulativa y de exigencia retroactiva, reservarán desde un principio, luego de separarse ante la Brigada de Protección de la Familia, una unidad de conciliación Familiar, ONG'S u otra oficina Gubernamental, el dinero fijado voluntariamente en esas oficinas, para que no se acumule y dé lugar al debido proceso de asistencia familiar, que con carácter retroactivo ordené los pagos devengados bajo apremio. También, estarán obligados retroactivamente y de hecho, los esposos que cometan delitos contra los deberes de asistencia familiar, como Abandono de Familia y abandono de mujer embarazada que estarán obligados, desde el momento de la denuncia formal, ante la Autoridad competente llamada por Ley.

Además se debe tener en cuenta, que según el Art. 14 de Código de Familia, la asistencia familiar comprende todo lo indispensable para el sustento, la habitación, el vestido y la atención médica, que son imprescriptibles para el desarrollo y formación integral del menor u otro beneficiario.

También, debe tenerse en cuenta, que la asistencia familiar, no puede esperar, es al día y tiene el carácter de prontitud y perentoriedad, por lo que no se puede incumplir sin causar un daño tremendo e irreversible en la formación de los beneficiados.

Por otra parte, no se puede fomentar la insensibilidad, con la propia familia y con la misma “carne” o sea descendencia.

En nuestro país y medio social, no existe una cultura de respeto, disciplina y responsabilidad, respecto a la asistencia familiar y su carácter ineludible. Por el contrario, se fomenta la paternidad y maternidad irresponsables, que no reciban la censura social que se le debería dar a esta clase de personas.

Tampoco, se inculca esta responsabilidad, que debe tener todo progenitor por sus hijos, desde la educación primaria, pasando por la secundaria y la universitaria.

Asimismo, no se hace la correspondiente socialización de este magro problema que constituye, el incumplimiento de la asistencia familiar, ni por parte del Ministerio de Justicia no otra repartición Estatal, ni Municipal.

También, los medios de comunicación, relegan el tratamiento de este tema tan importante y que necesita mucha concientización, por todos los medios y formas.

De esta manera, se evitaría también, tanta, indigencia de menores y la propia deserción escolar y lo que es más importante se impedirá la explotación laboral de los menores.

Se lograría también, mejorar la calidad de vida de la población integrada por la minoridad abandonada y que no reciben la correspondencia asistencia familiar.

Debe existir algún medio de presión sobre los padres irresponsables que no proveen para el sustento de sus hijos, pues actualmente, se les da muchas ventajas y es una verdadera ganga para padres irresponsables que prefieren gastar en alcohol, mujeres u otros placeres de la vida, que en la asistencia de sus propios hijos. Esto es incluso fomentar una cultura de inhumanidad y crueldad.

Existen padres, que no proveen para el sustento de los menores, por vengarse del otro cónyuge o presionarlo e incluso chantajearlo, en despiedo del "estómago" y necesario sustento que debería recibir y esto no se puede seguir permitiendo, la norma debe ser más estricta y Justa en este sentido, pues actualmente, si no se sigue al proceso de asistencia familiar correspondiente, no se puede lograr la asistencia para los hijos, que se ven perjudicados en su formación integral y pierden este beneficio.

Sin embargo, si existe coacción y retroactividad de la Asistencia Familiar, desde el momento del abandono o suscribir compromiso en cualquier institución Estatal o Particular, los obligados honraran su compromiso, para evitar que la asistencia se acumule y también una eventual detención y privación de libertad, por el incumplimiento de la asistencia familiar pertinente para que esto funcione correctamente, es necesario fijar un monto mínimo de Asistencia Familiar, calculado en unidades de fomento a la vivienda, cuando no exista compromiso

voluntario y adecuarlo al procedimiento de Asistencia Familiar, que admitiría la retroactividad de la asistencia, solamente con la única prueba consistente, en el compromiso escrito o la denuncia de abandono.

De esta manera, los obligados se verían comprometidos a trabajar a toda costa y se inculcaría una cultura de trabajo y responsabilidad que combatiría la dejadez, la flojera y la vagancia, ya que actualmente los obligados burlan fácilmente sus obligaciones y la Justicia, con su silencio les da muchas gangas y permite una grave situación de injusticia contra los beneficiarios culpa de esta situación y no deberían sufrir esta suerte.

3.2. EN SUS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

Respecto a las Garantías Constitucionales de los beneficiarios con la Asistencia Familiar, debemos comenzar diciendo que, la Nueva Constitución Política del Estado, brinda una mayor protección y otorga Derechos específicos, a la niñez y adolescencia y Juventud y a las familias, por lo que a la letra señala:⁶⁷

SECCIÓN V

DERECHOS DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y JUVENTUD.

Artículo.- 58 Se considera niña o niño o adolescente o toda persona menor de edad. Las niña, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en esta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica,

⁶⁷ REPÚBLICA DE BOLIVIA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO Art. 58. Pag. 19

sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de su necesidades intereses y aspiraciones.⁶⁸

Artículo.- 59 I. Toda niña, niño y adolescente tienen derecho a su desarrollo integral.

II. Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva. Cuando ello no sea posible, o sea contrario a su interés superior, tendrá derecho a una familia sustituta, de conformidad con la Ley.

III. Todas las niñas, niños y adolescentes, sin distinción de su origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores. La discriminación entre hijos por parte de los progenitores será sancionada por la Ley.

IV. Toda niña, niño y adolescente tienen derecho a la identidad y la filiación respecto a sus progenitores. Cuando no se conozcan los progenitores, utilizarán el apellido convencional elegido por la persona responsable de su cuidado.

V. El Estado y la sociedad garantizarán la protección, promoción y activa participación de las jóvenes y los jóvenes en el desarrollo productivo, político social, económico y cultural, sin discriminación alguna, de acuerdo con la Ley.

Artículo.- 60. Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y

⁶⁸REPÚBLICA DE BOLIVIA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO Art. 59. Pag. 20

privados, y el acceso a una administración de justicia pronta oportuna y con asistencia de personal especializado.

Artículo.- 61. I Se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad.

II. Se prohíbe el trabajo forzado y la explotación infantil.

Las actividades que realicen las niñas, niños y adolescentes en el marco familiar y social estarán orientadas a su formación integral como ciudadanas y ciudadanos, y tendrán una función formativa. Sus derechos, garantías y mecanismos institucionales de protección serán objeto de regulación especial.⁶⁹

SECCIÓN VI

DERECHOS DE LAS FAMILIAS

Artículo.- 62. El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral.

Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades.

Artículo.- 63 I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

I. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto como en las

⁶⁹REPÚBLICA DE BOLIVIA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO Art. 60. Pág. 20

relaciones personales y matrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquellas.

Artículo.- 64 I. Los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad.

II. El Estado protegerá y asistirá a quienes sean responsables de las familias en el ejercicio de sus obligaciones.

Artículo.- 65. En virtud del interés de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de la filiación se hará por indicación de la madre o el padre.⁷⁰

Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación.

Artículo.- 66 Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos.

3.2.1. comentario de los artículos precedentes.

Realizando un comentario de estos artículos de la Nueva Constitución Política del Estado, debemos indicar en primer lugar, que la constitución es muy clara en señalar los Derechos de la niñez, adolescencia y Juventud, especialmente

⁷⁰REPÚBLICA DE BOLIVIA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO Art. 65. Pag. 21

en lo referente a su Desarrollo Integral, cuando señala en su Art. 59: Todo niño, niña y adolescente tiene Derecho a la identidad y la Filiación, respecto a sus progenitores”.

También, el Art. 60 en su primera parte señala que” es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primera en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia”

En estos artículos, se prioriza, la formación integral de los niños, niñas y adolescentes, que debe garantizar su familia, o sea los progenitores.

También, se destacan su garantías Constitucionales, como ser los derechos específicos inherentes a su identidad étnica; sociocultural; de género y generacional y la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones.

Otro aspecto inherente a las garantías Constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, es el referido a la “**PRESUNCIÓN-DE-FILIACIÓN**”, incorporada en el Art. 65 de la Nueva Constitución Política del Estado que es un apoyo y garantía para la cancelación de la asistencia familiar automático, y retroactiva que se pretende implementar, ya que en caso de presunción de filiación, la asistencia comenzaría a correr para el presunto progenitor, sin necesidad del reconocimiento expreso, que es una ventaja para aplicar la asistencia familiar retroactiva.

Así también, el Art. 54 del Código de Familia, primera parte señala:

Artículo.- 54 (Permiso para los menores huérfanos, abandonados, extraviados o con situación irregular). Los menores huérfanos, abandonados, extraviados o con situación irregular, recabarán el permiso del órgano administrativo de protección de menores o del establecimiento público o

privado que tenga la tutela o persona particular a quien se acuerde la tendencia, si no hay padres conocidos o en ejercicio de su autoridad.

3.3. EN SU SEGURIDAD JURÍDICA.

Refiriéndonos a la Seguridad Jurídica de los beneficiarios con la asistencia familiar, se tiene que relevar principalmente los aspectos referidos, aparte de la filiación, a garantizar su habitación, alimento, vestido, movilidad, esparcimiento, educación y salud.

3.3.1. Habitación.

Es fundamental y de Vital importancia que los niños, niñas y adolescentes, tengan un lugar estable para vivir, ya que es contraproducente para su formación integral, que tenga incertidumbre e inestabilidad, en este aspecto fundamental de la Vida.

Tener, privacidad, un lugar donde se lo deje tranquilo y nadie se inmiscuya.

Esto ayudará para que logre afianzar su personalidad y firmar su estabilidad.

3.3.2. Alimentación.

Otro aspecto de fundamental relevancia, es la alimentación, ya que sin la alimentación adecuada, no se puede realizar ninguna otra actividad, como estudiar adecuadamente. También, es vital para mantener su salud física y mental. Se puede prescindir de muchos otros factores, pero no de la alimentación, que es condición para seguir viviendo.

3.3.3. Vestido.

Es otro aspecto muy importante, para poder desenvolverse en sociedad y principalmente poder estudiar, sin sentirse un indigente.

3.3.4. Movilidades.

Es nuestra sociedad y en las ciudades modernas, obligatoriamente se requiere de la utilización de medios de transporte, debido a las grandes distancias que se debe recorrer para estudiar y desarrollar las necesidades más elementales, como ir de compras, pasear, divertirse, hacer deporte y otras.

3.3.5. Esparcimiento.

Toda actividad normal de la Vida, necesita esparcimiento, un momento de cambiar la rutina de la vida diaria y descansar, entre tenerse sanamente. Esto mantiene las facultades mentales y físicas en condiciones excelentes y crean las condiciones adecuadas, para una mejor reacción ante situaciones difíciles o apremiantes.

También sirve para canalizar y eliminar mejor las tendencias de toda índole, ya que constituye una actividad normal, a la que todos recurren.

Especialmente en la vida del niño, la niña y el adolescente, la recreación es muy importante, incluso para el aprendizaje, por eso es muy recomendable por Psicólogos y Educadores. Dentro del esparcimiento, se puede considerar también, al recogimiento religioso, que es parte de la Formación.⁷¹

⁷¹GARECA OPORTO, LUÍS “Derecho Familiar, práctico y razonado” Pag. 143 Edit. LILIAL, Oruro, Bolivia 1987

3.3.6. Educación.

Es uno de los aspectos que revisten mayor importancia y complejidad, en lo relativo a la seguridad Jurídica de los beneficiarios con la asistencia familiar, que deben tener la seguridad de continuar sus estudios, que es esencial para su formación y su futuro.

Además, se debe tener en cuenta que el recibir educación, implica un gasto continuo de materiales escolares, libros, trabajos, laminas, experimentos, guardapolvos, trajes deportivos, instrumentos musicales, cuotas, excursiones, quermeses, fotocopias y otros gastos que siempre surgen de la actividad educativa y secundarios o superiores, que obviamente, requieren mayores gastos.

Por eso, los progenitores deben estar conscientes de que tienen que otorgar esa seguridad Jurídica a sus hijos para que puedan formarse y adquirir una profesión u oficio, que les sirva para independizarse y hacer frente a los desafíos que le presente la vida.

3.3.7 Salud.

La salud es el factor más importante para la vida, pues sin salud, no existe calidad de vida y tampoco se puede desempeñar normalmente otras actividades.

Por eso los progenitores, deben otorgar también, seguridad Jurídica en lo relacionado a la salud de los hijos.

Es imprescindible que los aseguren en caso de trabajos fijos y si trata de trabajadores libres o eventuales, deben prever a sus hijos, este aspecto tan fundamental que es la seguridad Jurídica que se les debe brindar en lo relativo a la salud.

Finalmente, la principal seguridad Jurídica, es la relativa a la filiación, que hemos citado, pues es este aspecto legal, el que en realidad otorga toda la seguridad jurídica del beneficiario y por medio de la cual, tiene la seguridad de recibir una asistencia familiar justa y que cubra todas sus necesidades.

Además este Derecho, le aseguran otros Derechos derivados, como el Derecho al Seguro de Salud, la sucesión etc.

3.4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y SOCIALES DE LA RETROACTIVIDAD DE LA ASISTENCIA FAMILIAR

3.4.1 Fundamentos Jurídicos de la Retroactividad de la Asistencia Familiar

La Asistencia Familiar puede ser definida como “la asistencia que la ley impone a determinadas personas y a favor de otras, también determinadas, en razón del parentesco que las une, o de la gratuidad y que carecen de los necesario para el sustento y establecimiento adecuados”.⁷² De manera que el “derecho que tiene una persona a exigir de otra con la cual generalmente se encuentra ligada por el parentesco, tiene un sólido fundamento en la equidad, en el Derecho Natural. De ahí que el legislador al establecerlo en la ley no hace sino reconocer un derecho más fuerte que ella misma, y darle mayor

⁷²GÓMEZ, Jorge Angarita, Lecciones de Derecho Civil. Ediciones Tercer Mundo, 1976, Pág., 197.

importancia y relieve”.⁷³ Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

El fundamento jurídico de la retroactividad de la Asistencia Familiar, entonces gira en el derecho que tiene una persona a exigir de otra con la está ligada por el parentesco, tiene un sólido fundamento en la equidad, responsabilidad y justicia en el interior del Derecho Natural. De ahí que el legislador al establecerlo en la ley no hace sino reconocer un derecho más fuerte que ella misma, y darle mayor importancia, relieve y seguridad jurídica al derecho natural que tienen los hijos desde el momento de la presunción de filiación de acuerdo a la nueva Constitución política del Estado en su Art. 95, frente a sus progenitores en cuanto a su Asistencia Familiar Integral para lograr un desarrollo sistemático, sólido, armónico y oportuno.

El Derecho y la Ley deben estar a la altura de los nuevos desafíos que conlleva el desarrollo constante de la sociedad y de sus ciudadanos, por lo mencionado la presente tesis lleva como título: “FUNDAMENTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONALES PARA IMPLEMENTAR LA RETROACTIVIDAD DE LA ASISTENCIA FAMILIAR”

3.4.2. Fundamentos Sociales de la Retroactividad de la Asistencia Familiar

Las relaciones familiares crean entre sus miembros derechos y deberes recíprocos, que nacen de una relación biológica, o de la adopción, y que generalmente se cumplen basados en el afecto, pero para asegurar su

⁷³SOMARRIVA Manuel. Derecho de Familia. Nacimiento, pag.10

cumplimiento en aquellos casos que esto no sucede, la ley impone coactivamente el cumplimiento de los deberes familiares hacia aquellos que se hallan en situación de desprotección para valerse por sí mismos.

Para el estudio de este tema hay que contemplar las normas civiles, que tratan de colocar al damnificado en una situación de protección y atendido en sus necesidades, y las normas penales, que intentan castigar a quien no cumplió con dichas obligaciones. Ambas acciones tramitan en forma independiente.

Estos conceptos son sinónimos e implican el derecho-deber de que el hijo conviva con el o los progenitores, comprendiendo, además, los consiguientes derechos y deberes que emanan de esa convivencia: deber de educar; derecho a hacerse obedecer, etc.

Cuando los padres (casados o no) viven juntos, la tenencia o guarda la ejercen ambos en forma indistinta. Pero cuando los padres viven en casas diferentes, sea porque se separan y/o divorcian, el tema cobra significación.

En principio, los progenitores pueden convenir entre ellos quién va a vivir preferentemente con el hijo, y adjudicarle la tenencia.

3.4.2.1. Pautas para considerar el mejor interés del niño/a

Para el otorgamiento de la tenencia hay algunas pautas que le pueden servir al juez a fin de considerar el mejor interés del niño. Algunas de ellas son:

- 1) “Los hijos menores de 5 años: quedan a cargo de la madre, salvo que existan causas graves que afecten el interés de los menores. Esta es una pauta establecida en la ley en función de que en nuestro contexto

social, son generalmente ellas quienes tienen el papel central en el cuidado de los niños de más corta edad.

- 2) Dar prioridad a la convivencia de los hermanos: el vínculo filial resulta sumamente importante. En especial cuando los menores experimentan el quiebre de la relación entre sus padres, se intenta no producir una nueva separación entre ellos.
- 3) Escuchar a los hijos: si bien su opinión no es obligatoria para el juez, resulta importante debido a que su percepción de las cosas le brinda al magistrado la posibilidad de tener un panorama más amplio a la hora de la decisión.
- 4) Mantener la situación existente: en principio se considera conveniente no producir modificaciones ni traslados, ya que pueden afectar al menor. En este sentido la tenencia provisional es importante, pues puede determinar quién obtendrá la tenencia definitiva.
- 5) Preferencia por el padre que favorezca la relación del hijo con el otro progenitor.
- 6) La inocencia o culpabilidad del progenitor en el juicio de separación / divorcio no incide en el otorgamiento o no de la guarda.
- 7) En caso de que los padres estén casados, al que posee la tenencia se le reconoce el derecho al uso gratuito del inmueble que fuera el hogar conyugal, mientras haya hijos menores que vivan con él, sea el bien ganancial o propio del padre no conviviente. Además, tiene derecho a recibir del progenitor no conviviente alimentos para los hijos”⁷⁴

Se intenta posibilitar, por un lado, el control de su educación, formación y asistencia (pudiendo oponerse y formular quejas tanto en forma extrajudicial como judicialmente), y por el otro no privar a los hijos del trato frecuente y

⁷⁴www.evntf-santpau.com - Terapia Familiar Sistémica Violencia, Migración y Familia

afectuoso con su padre o madre. Así, la visita es tanto un derecho del padre, como también un derecho de los hijos.

En la mayoría de los casos, el contacto no se limita a visitar, sino que implica la posibilidad de retirar al niño para pasar un tiempo personal e íntimo con él. La cantidad de tiempo que pasará el padre con el niño depende del acuerdo a que se haya llegado o de la decisión judicial, el mismo deberá ser de calidad para precautelar la formación integral del niño.

3.4.2.2. Alimentos a favor de los hijos/as

Comprende una amplia gama de necesidades que van mucho más allá del significado cotidiano que se le atribuye a la palabra "alimentos". Los padres tienen el derecho y la obligación de criarlos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.

Esta obligación no puede ser compensada con ninguna otra ni ser objeto de transacción. El derecho a los alimentos es irrenunciable e intransferible. Sí se pueden renunciar o renunciar los alimentos atrasados impagos pero no las cuotas futuras.

Este derecho no se pierde con el paso del tiempo. No es embargable.

En caso de separación o divorcio esta obligación continúa incumbiendo a ambos progenitores, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos. El incumplidor puede ser demandado por el otro progenitor, por cualquier pariente, por el defensor de Menores y aun por el propio interesado si hubiese cumplido 14 años, asistido por un tutor especial.

Este importe no cubre todos los gastos de los hijos, ya que la otra parte, la cubre el progenitor con quien conviven. Si ambos trabajan contribuirán en proporción a sus ingresos. Si trabaja solo uno de ellos, la otra parte deberá estimar y probar los ingresos del otro.

La obligación alimentaria de los padres con respecto a sus hijos menores de edad surge desde la concepción hasta que cumplan los 18 años, e incluso puede subsistir en el supuesto de que esa persona tenga alguna incapacidad.

Obligados principales al pago de alimentos: son los padres, no obstante que la tenencia la tenga uno de ellos, los obligados subsidiarios son los abuelos.

Comprenden: la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad.

El Dr. Guillermo Borda dice: "El deber alimentario de los cónyuges deriva de otro que es esencial al matrimonio: el de asistencia. De ahí su reciprocidad. Pero la obligación de ellos no es idéntica. En una familia normalmente organizada, el peso principal del sostén recae sobre el marido. A él corresponde en primer término aportar los ingresos necesarios para el hogar, ordinariamente es quien tiene mayores posibilidades de ganar dinero. Esto justifica la desigualdad del trato que ambos reciben. La mujer no precisa demostrar su necesidad ni la imposibilidad de procurárselos durante el trámite del divorcio. El mero hecho de la existencia del juicio le da derecho a reclamarlos"⁷⁵

⁷⁵www.evntf-santpau.com - Terapia Familiar Sistémica Violencia, Migración y Familia

CAPÍTULO IV

SISTEMA JURÍDICO Y PROCEDIMIENTO DE LA ASISTENCIA FAMILIAR EN BOLIVIA.

4.1. CARACTERÍSTICAS.

El Procedimiento de Asistencia Familiar en nuestro país se caracteriza por su celeridad, desde que entró en vigencia la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar, de 28 de febrero de 1997, ya que esta Ley implementa el proceso por audiencia para fijación de Asistencia Familiar.

También se caracteriza porque es la única materia junto al área laboral, que tiene apremio corporal, según lo establece el Art. 11 de la Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales.

Otra característica importante es que procede el reajuste automático de conformidad al Art. 72 de la Ley N° 1760 de 28 de febrero de 1997, sobre Abreviación Procesal Civil de Asistencia Familiar. Esto significa que la asistencia aumentara porcentualmente, en caso de aumento de sueldos y salarios o en casos de aumento de rentas e ingresos.

Así mismo, la Asistencia Familiar se caracteriza por que el proceso por audiencias, no puede ser acumulado a otro proceso excepto al de divorcio, en cuyo caso no se suspenderá provisional, fijada en el proceso por audiencia hasta que el Juez de proceso de divorcio, en el que continuarán los trámites, disponga lo que corresponda.⁷⁶

⁷⁶ LEY N°1760Pag. 620 Sección I art. 61 Del Proceso por Audiencia (Demanda y contestación)

Además se caracteriza por que las disposiciones del proceso por audiencia para fijación de Asistencia Familiar, no son aplicables a los procesos de divorcio y ruptura unilateral de las uniones conyugales libres o de hecho.

También se caracteriza por que puede ser fijada por el Juez de manera provisional, al proveerse sobre la demanda.⁷⁷

Finalmente, se caracteriza por que se realiza una audiencia preliminar y puede realizarse otra complementaria, en ellas, se realizan varios actuados como ser la alegación de hechos nuevos, la contestación por la parte actora a las excepciones previas, la decisión de estas y las nulidades planteadas la fijación del objeto de la prueba y lo que es más importante la tentativa de conciliación.

4.2. IMPORTANCIA.

Por lo señalado, la Asistencia Familiar reviste primordial importancia, ya que es deber del Estado precautelarse el estricto cumplimiento de la misma por esta razón, este procedimiento tiene un carácter apremiante diferente al proceso ordinario, por ese motivo también, no se acumulara a otro proceso excepto al de divorcio en cuyo caso no se suspenderá la Asistencia provisional fijada en el proceso por audiencia, hasta que el Juez del proceso de divorcio en el que continuara los tramites, disponga lo que corresponda según señale el Art. 74 de la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar.

Por otro lado, la importancia de la Asistencia Familiar radica en que es imprescindible para el desarrollo integral del beneficiario. Además, cubre sus necesidades más elementales y vitales, por eso sin esa asistencia se vería

⁷⁷ LEY N°1760Pag. 620 Sección I Art. 62 fijación provisional.

seriamente comprometida la vida y la salud del beneficiario. De esta realidad, surge la postura de la Tesis sobre la Asistencia Familiar retroactiva, para obligar a que esta asistencia se cumpla oportunamente, pues caso contrario será acumulativo y retroactivo y para evitar esto el obligado tendrá que formarse un rígido hábito de disciplina conciencia y autocontrol. Además este régimen se acerca más a los ideales de justicia que persigue el derecho, ya que no apaña a los obligados en perjuicio de los beneficiarios, que en todo caso son desprotegidos y están en total desventaja.

También Filosóficamente están obligados por el Derecho Natural para asumir una paternidad responsable y consiente del deber que uno tiene al tener familia y traer hijos al mundo así mismo, es un deber moral ineludible que debe inculcarse a la sociedad, para evitar el desorden, caos y degradación social.

4.3. FINES DE LA ASISTENCIA FAMILIAR.

Los fines de la Asistencia Familiar están claramente determinados en el Art. 14 del Código de Familia, que señala que la Asistencia Familiar busca suplir todo lo indispensable para el sustento, la habitación, el vestido y la atención médica.

En el caso de que el beneficiario sea menor de edad, la Asistencia Familiar también busca que sean cubiertos los gastos que comprende la educación del beneficiario y todos los que sean necesarios para que este adquiera una profesión u oficio.

Todo esto, hace ver que la Asistencia Familiar tiene una finalidad prioritaria y que su esencia reviste vital importancia, por lo que ocupa el primer orden de protección de los derechos, ya que se trata de un derecho social, protegido también por el derecho de familia y es considerado por el derecho de

la doctrina un derecho de primer orden, que tiene una sensibilidad mayor pues se refiere en la generalidad de los casos a niños niñas adolescentes, que necesitan del cuidado y atención de sus progenitores para proseguir con el curso normal de su existencia, en resumen la Asistencia Familiar tiene como primordial finalidad satisfacer las necesidades primordiales y vitales para la subsistencia de los obligados.

4.4. MODOS DE LA ASISTENCIA FAMILIAR.

La Asistencia Familiar, según la Ley número 1760 de 28 de febrero de 1997, de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar, en su Art. 68, num. 2 dispone que el Juez fijara en sentencia las pensiones de Asistencia Familiar en un monto porcentual en relación a los ingresos del obligado, o bien en una cantidad fija, o prestaciones materiales concretas equivalentes a dicho monto que pueden consistir en alimentos, prendas de vestir útiles escolares u otras para suplir las necesidades básicas del obligado, ordenando su pago a partir de la fecha de citación con la demanda.

Todo esto, significa que existen varias alternativas para prestar la Asistencia Familiar que no siempre puede ser en metálico, por varios motivos, pero principalmente por querer asegurar que el obligado utilice y disfrute de la asistencia asignada.

4.5. DERECHO A LA ASISTENCIA FAMILIAR (ART. 24 DEL CÓDIGO DE FAMILIA).

El Derecho que tienen a la Asistencia Familiar, los menores e incapaces es irrenunciable e intransferible, y el obligado o puede oponer compensación por lo que le adeude el beneficiario. También, las pensiones de Asistencia Familiar, no pueden ser objeto de embargo, sin embargo, las pensiones pueden

cederse o subrogarse con autorización con el Juez de Familia y en la medida que sea necesaria a favor de los establecimientos públicos o privados que suministren asistencia al beneficiario. Sin embargo, por el Artículo 1º del Decreto Ley N° 14849, TITULO PRELIMINAR- 3), **se cambia el segundo párrafo del Artículo 25** por el que sigue:

Las personas que provean a la subsistencia del beneficiario pueden también reclamar sus créditos y embargar la pensión hasta la quinta parte de esta.

4.6. EL CUMPLIMIENTO DE LA ASISTENCIA FAMILIAR.

La Asistencia Familiar, según el Art. 22 del Código de Familia se cumple en forma de pensión o de asignación pagadera por mensualidades vencidas, y corre desde el día de la citación con la demanda.⁷⁸

Además, el Art. 70 de la Ley Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar, señala:⁷⁹

Practicada la liquidación de la Asistencia Familiar, sea la provisional o la definitiva, si dentro del tercero día de intimado el pago no se hubiera hecho efectivo, el Juez, a instancia de parte o de oficio y sin otra substanciación, dispondrá el embargo y la venta de los bienes del obligado en la medida necesaria para cubrir el importe de las pensiones devengadas, todo sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 1602 de 15 de diciembre de 1994.

⁷⁸ LEY N° 996 CÓDIGO DE FAMILIA Capítulo III Art. 22 Cumplimiento de la Obligación de Asistencia

⁷⁹ LEY N° 1760 ABREVIACIÓN PROCESAL Pag. 622 Sección I Cumplimiento de la Asistencia

4.7. CESACIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR.

Artículo 26.- (CESACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA). Cesa la obligación de asistencia.

1º Cuando el obligado, se halla en la imposibilidad de cumplirla.

2º Cuando el beneficiario ya no la necesita.

3º Cuando el mismo incurre en una causa de indignidad, aunque no sea heredera del obligado.

4º Cuando el beneficiario no se aviene al modo subsidiario, autorizado por el Juez, para suministrar la asistencia, a no ser que aduzca una razón atendible.

5º Cuando fallece el obligado o el beneficiario, pero en este caso la obligación subsiste para las pensiones devengadas; y si el fallecido fuese el beneficiario, la obligación se extiende a los gastos funerarios, siempre que no puedan cubrirse de otra manera.

Artículo 27.- (CESACIÓN ESPECIAL DE ASISTENCIA ENTRE AFINES). En particular, la obligación de asistencia del yerno y de la nuera y la del suegro y de la suegra, cesa:

1º.- Cuando el matrimonio que producida la afinidad se ha disuelto por divorcio.

Por artículo 1º.- del Decreto Ley N° **14849 TITULO PRELIMINAR - 4**). El inciso

2º.- del artículo 27 dirá así:

2º.- Cuando el cónyuge del que deriva la afinidad y los descendientes de su unión con el otro cónyuge ha muerto.

4.8. EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE HIJOS Y SUS EFECTOS JURÍDICOS.

Sobre el reconocimiento de hijos de padre y madre no casados entre sí, se ocupa el capítulo II, de la Sección III del título dos del libro segundo del Código de Familia, que trata sobre la filiación.

El Código de Familia se refiere a varias clases de reconocimientos, así tenemos:

4.8.1. El Reconocimiento Expreso.

Artículo 195.- (Reconocimiento Expreso). El reconocimiento del hijo puede hacerse:

1. En la partida de nacimiento del Registro Civil o en el libro parroquial ante el oficial o el párroco, respectivamente, con la asistencia de dos testigos, ya sea en el momento de la inscripción o en cualquier otro tiempo.

* Por artículo 2º- numeral 16.-de la Ley N° 996, se complementa el caso 2º del artículo 195 que dirá:

2. En instrumento público o en testamento así como en declaración formulada ante el Juez de familia.
3. En documento privado reconocido y otorgado ante dos testigos.

* Por artículo 1º del Decreto Ley N° **14849** de 24 de agosto de **1977, LIBRO SEGUNDO – 5**), el artículo 196 había sufrido una sustancial modificación. Sin embargo, posteriormente, por artículo 2º numeral 17.- de la Ley N° 996 de 4 de abril de 1988 se aclara y queda redactado así:

ARTÍCULO 196.- (Reconocimiento Implícito). El reconocimiento puede también resultar de una declaración o manifestación incidental hecha resulta en un acto o documento merecedor de fe pública, que persiga otro objeto o finalidad, con tal que sea clara e inequívoca y puede quedar por ella admitida la filiación.

La parte interesada puede obtener, en caso necesario, que la declaración o manifestación se califique sumariamente como reconocimiento ante al Juez Instructor de Familia, con citación de quien la hizo, o de sus herederos.

La resolución afirmativa se inscribirá en el Registro Civil previa si revisión por la Corte Superior.

Se reserva la acción impugnatoria en la vía ordinaria, conforme el artículo 204.

4.8.2. Reconocimiento por Separado.

El artículo 197 del Código de Familia señala: que el reconocimiento hecho separadamente por el padre o por la madre solo produce efectos en relación al que lo hizo, ya que esto es lógico equitativo y justo.

4.8.3 Reconocimiento hecho por Mujer Casada y por menor de edad.

El Art. 198 del Código de Familia señala que, la mujer casada puede reconocer al hijo que tuvo antes de su matrimonio y también al que nace durante la vigencia de él, cuando prospera la acción de negación o desconocimiento de paternidad.

También los menores pueden reconocer a sus hijos, sin necesidad de autorización de sus progenitores, cuando han llegado a la edad matrimonial fijada por el Art. 44 del Código de Familia que a la letra señala:

ARTÍCULO 44.- (Edad). El varón antes de los dieciséis años cumplidos y la mujer antes de los catorce años cumplidos pueden contraer matrimonio. El Juez puede conceder dispensa de edad por causas graves y justificadas.

4.8.4. Reconocimiento de Hijos Concebidos y Prematuros

El Art. 201 de Código de Familia refiere que puede reconocerse a los hijos simplemente concebidos, o sea ad ventrem (En el Vientre). Igualmente, se puede reconocer a los prematuros para el beneficio del cónyuge y los descendientes.

4.8.5. Reconocimiento del Hijo Mayor de Edad.

El Art. 202 del Código de Familia señala que: “El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su asentimiento, y si ha fallecido, sin el de su cónyuge y descendientes, si los hay”.

4.8.6. Reconocimiento del Hijo Fallecido.

El reconocimiento de un hijo fallecido no atribuye al padre y a la madre que lo hace, Derechos a la sucesión de aquel, ni otros beneficios, sino cuando el hijo gozó en vida de la posesión de Estado.

4.8.7. Irrevocabilidad del Reconocimiento.

El reconocimiento de hijos es irrevocable y, cuando se hace en testamento surte efectos aunque el testamento se revoque, ya que se entiende la voluntad seria del progenitor, que debe ser precautelada por las leyes del Estado. Además es irrevocable para dar seguridad jurídica a los beneficiarios y a sus actos jurídicos.

4.8.8. Prohibición de Reconocimiento en Caso de Separación.

EL Artículo 200 del Código de Familia, señala: “No se puede reconocer a quien legalmente corresponda la filiación de hijo nacido de padre y madre casados entre sí, salvo que haya sentencia judicial ejecutoriada que admita la negación o desconocimiento de dicha filiación.

Sin embargo, cuando el hijo resulte haber sido concebido durante la separación judicial y aún de hecho de los esposos puede admitirse el reconocimiento de un tercero siempre que el hijo tenga la posesión de estado. El reconocimiento es nulo si concurre la conformidad entre las partidas de registro y la posesión de estado de hijo del matrimonio descrita por el artículo 192”. Por su parte el Art. 192, señala:

ARTICULO 192.- (Conformidad de la partida del registro y de la posesión de estado). Nadie puede reclamar una filiación distinta cuando hay conformidad entre las partidas del registro y la posesión de estado.

Tampoco se puede impugnar la filiación de quien tiene la posesión de estado conforme las partidas del registro.

4.8.9. Impugnación del Reconocimiento.

Por el Art. segundo, numeral 18 de la Ley N° 996, se complementa el Art. 204, que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 204 (Impugnación del reconocimiento). El reconocimiento puede impugnarse, por el hijo y por quienes tengan interés en ello.

No procede la impugnación pasados cinco años desde que se practicó el reconocimiento. Este plazo empieza a correr para los menores e interdictos desde su mayoría o rehabilitación, respectivamente.

4.9 LEY 1760 PROCESOS POR AUDIENCIA ART. 61-74. EL DERECHO DE FAMILIA.

Este proceso se encuentra incluso en los Artículos 61 al 74 de dicha Ley, que señalan las normas para dicho procedimiento que consiste en la demanda y contestación que da lugar a la audiencia preliminar en la que se podrá hacer alegaciones sobre hechos nuevos. También, se puede contestar por la parte actora a excepciones previas o puestas por el demandado y recepción de las pruebas propuestas en apoyo de estas excepciones si las hubiera. Así mismo el Juez decidirá sobre las excepciones previas opuestas y las nulidades planteadas o las que el Juez hubiere advertido, pudiendo emitir resoluciones de oficio o petición de parte de todas las cuestiones que correspondan sanear en el proceso.

Además, se podrá intentar la conciliación a instancias del Juez, respecto a todos o algunos de los puntos controvertidos. Si se llegare a un acuerdo total, este será homologado en dicho acto poniendo fin al proceso. Si esta fuere parcial, será aprobada solo en lo pertinente, debiendo proseguirse el proceso sobre los puntos no conciliados.

Finalmente se podrá realizar la fijación del objeto de la prueba, admitiendo la que fuere del caso y disponiendo su recepción en la misma audiencia, o alternativamente, rechazando la inadmisibile o la que fuere manifiestamente impertinente.

Luego puede haber una audiencia complementaria en el caso de que la prueba no hubiera sido totalmente decepcionada, esta no podrá suspenderse por ningún motivo ni dejara de recepcionarse la prueba por ausencia de una de las partes los testigos y peritos permanecerán en sala a los efectos de eventuales declaraciones complementarias o careos, excepto que el Juez autorice su retiro.

Todo lo actuado en esta audiencia complementaria, será asentado en acta resumida.

Después de estos actuados y concluida la audiencia el Juez, sin necesidad de petición, dictara sentencia en la misma o dentro de los cinco días siguientes contados desde su conclusión.

Si se declara probada de la demanda 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, ordenando su pago a partir de la fecha de citación con la demanda.

Esta sentencia podrá ser apelada en el efecto suspensivo, en el caso que deniegue la Asistencia Familiar, y en efecto devolutivo, la sentencia que fije la Asistencia Familiar. En ambos casos se interpondrá en escrito fundado en plazo de cinco días y se sustanciará con traslado a la otra parte, que deberá

responder en otros cinco días, pudiendo adherirse, en cuyo caso se correrá nuevo traslado para su contestación en el mismo plazo.

La apelación y la adhesión no fundamentadas, serán rechazadas por el Juez de plano, teniéndose por no deducidos los recursos.

El auto de vista no admitirá recurso de casación.

El cumplimiento de la Asistencia Familiar sea provisional o definitiva debe hacerse dentro del tercer día de intimado el pago y en caso de incumplimiento, a pedido de parte o de oficio y sin otra substanciación dispondrá el embargo y la venta de los bienes del obligado en la medida necesaria para cubrir el importe de las pensiones devengadas, todo esto, sin perjuicio de lo dispuesto por el **Art. 11 de la Ley 1602 de 15 de diciembre de 1994, de abolición de prisión y apremio corporal por obligaciones patrimoniales, que a la letra señala:**

Artículo 11.- (Apremio en materia de Asistencia Familiar).

- I. El apremio previsto por el párrafo tercero del Art. 149 del Código de Familia, podrá ser ordenado únicamente por el Juez que conozca de la petición de Asistencia, no pudiendo exceder del plazo máximo de 6 meses, vencido el cual será puesto en libertad sin necesidad de constituir fianza, con el sólo compromiso juramentado de cumplir la obligación.
- II. Ordenada libertad prevista en el parágrafo anterior, el Juez podrá disponer nuevo apremio, contra el obligado cuando transcurridos 6 meses desde su puesta en libertad no hubiere satisfecho el pago de las pensiones adeudadas.

Respecto a este procedimiento del párrafo precedente el docente catedrático Raúl Jiménez Sanjinés nos refiere; dentro de esta ley la asistencia familiar es una excepción por la cual el obligado recíbelas sanción de apremio corporal por el incumplimiento, **los beneficios nacen desde el momento en que uno reclama y no son de carácter retroactivo.** Sin embargo como el deudor sale en libertad sin necesidad de constituir fianza o sin garantía real, sólo con el compromiso juramentado de cumplir la obligación; o **dicho de otra manera, se ha facilitado que el deudor de la asistencia familiar, eluda el pago de los montos adeudados, ya que en los hechos y en la práctica, se está viendo que el obligado, después de prestar juramento, no paga la deuda de asistencia familiar y sólo puede ser recluido por un otro monto de asistencia adeudada, de donde se desprende que los beneficiarios de dicha asistencia, se están viendo burlados en su legítimo derecho de subsistir mediante el pago de la asistencia familiar.** En cambio antes de la vigencia de esta ley, el Art. 149 del Código Familiar disponía que se hipotecan los bienes del deudor, cuya inscripción se operaba de oficio; esto para garantizar el pago de lo adeudado.⁸⁰

También se da el reajuste automático, de manera que subsista en forma constante el porcentaje fijado, en caso de que se realicen aumentos de sueldos, salarios y rentas.

La Asistencia Familiar también puede cesar o modificarse la petición de cese, aumento o disminución de la Asistencia Familiar también podrá ser posible conforme al procedimiento ya señalado, sin que se interrumpa la percepción de la Asistencia ya fijada.

⁸⁰ RAÚL JIMÉNEZ SANJINEZ“LECCIONES DE DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO DEL MENOR” Tomo I Pag. 174

En caso de aumento de la Asistencia Familiar, regirá desde la notificación con la petición, de conformidad a lo previsto por el Art. parágrafo II de la Ley mencionada.

Tratándose de cese o disminución regirá desde la fecha de la resolución correspondiente.

Respecto a la propuesta de la presente Tesis se respetara este procedimiento, adecuándolo, a la retroactividad de la Asistencia Familiar, por lo que en sentencia podrá disponerse también la retroactividad Asistencia Familiar en los casos que se han previstos por el proyecto de Ley que se plantea.

4.10. EL RÉGIMEN FAMILIAR EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.

La Nueva Constitución Política del Estado se refiere a los Derechos de las Familias, en los artículos 62 al 66, ubicados en la sección VI del Capítulo Quinto que trata sobre los derechos sociales y económicos.⁸¹

La Constitución a la letra señala lo siguiente:

Artículo 62. El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantiza las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral.

Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos obligaciones y oportunidades.

⁸¹ “REPÚBLICA DE BOLIVIA NUEVA CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA” Pág. 20 Derechos de las Familias

Artículo 63. I El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

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

Artículo 64.

I. Los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad.

II. El Estado protegerá y asistirá a quienes sean responsables de las familias en el ejercicio de sus obligaciones.

Artículo 65. En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescencia y de su derecho a la identificación, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre.

Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación.

Artículo. 66. Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos.

4.11. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MENOR.

4.11.1 Consideraciones Previas.

Es importante algunas consideraciones de carácter social e histórico, sobre los derechos del menor es decir qué; Todo ser humano desde su nacimiento atraviesa por diferentes periodos de la vida como ser: nacimiento, infancia, pubertad, adolescencia, juventud, adultez, adulto mayor, y senectud. Por lo visto, lo que interesa en la actualidad, es justamente la niñez, la infancia y la pubertad, ya que de la educación en estas etapas depende el futuro de este niño o niña, y del apoyo necesario que debe recibir de sus progenitores, así como del Estado mediante las diferentes instituciones creadas para el efecto. Los periodos formativos de la niñez dependerá esencialmente de cómo se desenvuelva posteriormente, pero como efecto de su incapacidad que proviene de la misma naturaleza humana, por lo que los menores de edad carecen de la capacidad de ejercicio de sus derechos civiles.

Como efecto del avance de la ciencia, es muy necesario que se haga efectiva y objetiva la intervención del Estado en la protección, apoyo y adecuada formación de los menores, esencialmente aquellos que provienen de familias desintegradas y de madres abandonadas por circunstancias de la vida.

El tema de los niños antes denominados menores como afirman las mismas autoridades es de reciente interés de la propia sociedad, antiguamente los niños estaban invisibilizados, más concretamente en la Edad Media no existía el criterio de infancia, ya que a este se lo consideraba como un “adulto en miniatura”, por ello debía responder con trabajos superiores a su edad, e incluso se los castigaba por el sólo hecho de incumplir o fallar la tarea encomendada

4.11.2 Definición del Menor.

El derecho del menor es una disciplina jurídica que trata del menor, su amparo, protección y dirección formativa mediante reconocimiento pleno de sus derechos como miembro de la familia y la sociedad los cuales son considerados de orden público. Los derechos del menor que fueron concebidos teórica y abstractamente en el pasado, este se viene objetivizando gracias a las nuevas ciencias como la Psicología, Pedagogía y Pediatría, se llegó a considerar al niño como un ser diferente y valioso, producto de ello es la existencia del Código a favor de los niños y niñas y adolescentes en el caso de nuestro País.

“Menor o menor de edad es la persona de uno u otro sexo en la edad comprendida entre el nacimiento y el comienzo de la mayoría; siendo por lo mismo incapaz del ejercicio de sus derechos civiles y viviendo al amparo y protección de sus padres o tutores”⁸².

Además, la sección Quinta del Capítulo Quinto de la Constitución Política del Estado, está dedicada a los derechos de la niñez adolescencia y juventud, desde el Artículo 58 hasta el Artículo 61, que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 58. Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en esta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones.

Artículo 59. I. Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a su desarrollo integral.

⁸²García Oporto, Luis” derecho Familiar, práctico y razonado” Edit. Lillial, Oruro, Bolivia, 1987 Pag. 368

II. Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva. Cuando ello no sea posible, o sea contrario a su interés superior, tendrá derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley.

III. Todas las niñas, niños y adolescentes, sin distinción de su origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores. La discriminación entre hijos por parte de los progenitores será sancionada por la Ley.

IV. Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a la identidad y la filiación respecto a sus progenitores. Cuando no se conozcan los progenitores, utilizarán el apellido convencional elegido por la persona responsable de su cuidado.

V. El Estado y la sociedad garantizarán la protección, promoción y activa participación de las jóvenes en el desarrollo productivo, político, social, económico y cultural, sin discriminación alguna, de acuerdo con la Ley.

Artículo 60. Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantiza la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con la asistencia de personal especializado.

Artículo 61. I. Se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niña, niño y adolescente, tanto en la familia como en la sociedad.

II. Se prohíbe el trabajo forzado y la explotación infantil.

Las actividades que realicen las, niñas, niños, adolescentes en el marco familiar y social estarán orientadas a su formación integral como ciudadanos, y tendrán una función formativa. Sus derechos, garantías y mecanismos institucionales de protección serán objeto de regulación especial.

4.12. EL CÓDIGO NIÑO NIÑA ADOLESCENTE.

La ley N° 2026 referente a la niñez en su Art. 1° (objeto del código). El presente código establece y regula el régimen de prevención, protección y atención integral que el Estado y la sociedad deben garantizar a todo niño, niña, adolescente, con el fin de asegurarles un desarrollo físico, mental, moral, espiritual, emocional y social en condiciones de libertad, respeto, dignidad, equidad y justicia. Y desde este Art. 1° hasta el Art. 12, se da a conocer los ámbitos de: aplicación, presunción de minoridad, garantías, interpretación, prioridad social, de atención de oficio, reservar y resguardo de identidad, gratuidad, capacitación y especialización; lo cual de por si se constituyen en elementos esenciales que fortalecen los derechos de la niñez.

Lo propio ocurre con el Capítulo I, disposiciones generales desde el Art. 27 hasta Art. 32 o sea los deberes de los padres. En el Título III, derecho a la nacionalidad e identidad. Capítulo I derecho a la nacionalidad. Art. 94, 95, 96, 97, 98,99, están referidos al derecho a la identidad, por lo que ningún niño puede estar sin nombre alguno, en este caso la ley indica que se le debe dar nombres convencionales.

En resumen vemos que este código se encarga de proteger los derechos de la niñez, en la mayoría de sus ámbitos, tal como reza la ley.

4.13. LEY N° 3439 DE 2008 (GRATUIDAD DE LA PRUEBA DE ADN.):

Art. 1. Se determina la gratuidad de las pruebas de ADN, realizadas por el Instituto de Investigaciones forenses dependiente de la fiscalía general de la República en las denuncias o querellas en los procesos penales por delitos de violación, abuso deshonesto, estupro, tipificados en el Código Penal, cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes.

Así mismo la gratuidad de las pruebas de ADN: se aplicarán en el Derecho de Familia dentro de los procesos de Declaración Judicial de Paternidad y Maternidad.

Art. 2. Son beneficiarios del examen gratuito de ADN. Todos los niños, niñas y adolescente descritos en el artículo 2 de la Ley N° 2026 Código del Niño, niña y Adolescente de 27 de octubre de 1999.

Art. 3. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 y a fin de garantizar el servicio a todo el país, el gobierno Nacional dispondrá el incremento del presupuesto de la Fiscalía General de la República en las partidas correspondientes a adquisición de reactivos, mantenimiento de equipos y contratación de personal necesario para la realización de pruebas con los fines establecidos en los artículos precedentes.

Al respecto se debe mencionar que esta ley se convierte como una herramienta más para la lucha en pro de hacer prevalecer los derechos de los menores que son objeto de desamparo de la ley ya que el costo que representaba el pago de la prueba de ADN, no permitía su filiación correspondiente y así acceder a la demanda de asistencia familiar. La implementación del mismo llenará una de las falencias en el sistema y procedimiento de la asistencia familiar puesto la madre que en representación

de su hijo por carencias económicas abandonaba el proceso y por tanto el padre progenitor quedaba exentos de su responsabilidad, y entre los muchos casos que se ven en los tribunales realmente se burlaba a la ley de manera descarada.

4.14. LA CONCILIACIÓN EN LA ASISTENCIA FAMILIAR.

4.14.1. Circular n° 04/09 Emitida por el Tribunal Supremo de Justicia el 17 de marzo de 2009.

La conciliación en procesos de asistencia familiar actualmente se ha convertido en los procesos más comunes en el quehacer cotidiano en los juzgados de familia ya que este circular de alguna manera ha ido paleando las necesidades de familias de menores abandonados en su derecho a recibir una asistencia oportuna de esta manera hacer que la justicia cumpla su verdadero rol de cumplir con sus objetivos cual es la justicia para los menores necesitados en forma particular.

Sobre fomento de la práctica de métodos alternativos de resolución de conflictos. El circular N°4/09 establece: Con el propósito de coadyuvar como Poder Judicial al efectivo acceso a la justicia de sectores vulnerables, a través del fomento de la práctica de métodos alternativos de resolución de conflictos, por determinación de Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, los señores jueces en materia civil y familiar del Distrito judicial deberán observar las siguientes determinaciones, en estricto cumplimiento de las normas legales en vigencia vinculadas a la conciliación extrajudicial:

I. HOMOLOGACIÓN DE ACTAS DE CONCILIACIÓN

I.I. Homologación de actas de conciliación sobre asistencia familiar

Y violencia familiar.

I.I.I. Solicitud

La solicitud podrá ser presentada de manera verbal por todas las partes intervinientes en el acta de conciliación, solicitud que deberá ser asentada por el secretario en el formulario respectivo y/o libro correspondiente.

Igualmente, la solicitud de homologación podrá ser presentada de manera escrita, sea por una o por todas las partes intervinientes en el acta de conciliación, cumpliendo los requisitos establecidos en el Art. 327 de Cod. Pdto. Civ.

En todos los casos deberá adjuntarse obligatoriamente el acta de conciliación en original o copia legalizada. No serán necesarios otros documentos adicionales.

I.I.2. Sustanciación

En caso de ser solicitada la homologación por todas las partes intervinientes en la conciliación, no se requerirá traslado alguno.

En caso contrario, se procederá al traslado de la solicitud de homologación a las demás partes firmantes del acta de conciliación, a los fines de su pronunciamiento.

I.I.3. Forma y contenido de la resolución

La autoridad jurisdiccional se limitará a examinar si se ha cumplido los requisitos por la ley para la validez de la conciliación y estando cumplidos homologará el acta; en caso contrario denegará la homologación. En ningún caso se modificará el contenido de los acuerdos logrados.

II. EJECUCIÓN DE ACTAS DE CONCILIACIÓN EN MATERIA FAMILIAR

2.1 Ejecución de actas de conciliación sobre asistencia familiar

En estricta aplicación del Art. 70 de la Ley N°1760, "Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar", corresponde el siguiente procedimiento para la ejecución forzosa de acta de conciliación sobre asistencia familiar, a cargo del Juez de Instrucción de Familia:

- Solicitud de liquidación de la asistencia debida, sea de manera verbal o escrita, en conformidad con el Art. 327 del Cod. Pdto. Civ. En ambos casos se acompañará original o copia legalizada del acta de conciliación y, en su caso, testimonio de la resolución de homologación.
- Liquidación por actuaría
- Notificación al obligado con la liquidación, otorgándole tres (3) días para el pago.
- Ante incumplimiento, de oficio o a petición de parte, resolución de embargo de bienes y/o mandamiento de aprehensión del obligado.

2.2. Ejecución de actas de conciliación en materia familiar en General

En general, para la ejecución forzosa de actas de conciliación en materia familiar, se aplicará el mismo procedimiento de ejecución forzosa previsto para la ejecución de sentencias, según el asunto familiar del que tratare, a cargo del Juez de Familia competente para su conocimiento.

4.14.2 Que establece la Constitución Política del Estado y otras Leyes

La Constitución Política del Estado establece un marco favorable a la conciliación; así, el Art. I determina el pluralismo jurídico y por ende la posibilidad de ejercicio de medios alternativos de resolución de conflictos; el Art. 10 promueve la cultura de paz, una de cuyas características es, justamente, la práctica de formas pacíficas y dialogadas de resolución de controversias; en tanto que el Art. 115 establece la obligación estatal de garantizar una justicia pronta, oportuna, gratuita y transparente, como atributos indispensables de todo sistema de gestión de conflictos acorde con el Estado de Derecho⁸³

4.14.2.1. Ley de Arbitraje y Conciliación.

Que incorpora en el sistema jurídico boliviano a la conciliación como medio alternativo de resolución de controversias, respecto de asuntos susceptibles de transacción, sea antes de someter a litigio a los tribunales ordinarios o durante su tramitación. El Art. 92 de esta ley establece la calidad de cosa juzgada del acta emergente.

- **Código de Familia.** Faculta a los cónyuges, con la ayuda del Juez o del Fiscal como mediadores o conciliadores, a consensuar acuerdos respecto de asuntos que requieran conformidad de ambos (procedimiento de desacuerdo entre cónyuges), situación y guarda de hijos.⁸⁴
- Ley N° 1760 de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar. Establece la posibilidad del Juez de intentar la conciliación respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos en procesos de petición de asistencia familiar. (N° ley 1760 Art. 65)

⁸³ “REPÚBLICA DE BOLIVIA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO” Pag 5 Cap. I Modelo de Estado

⁸⁴ Ley N° 996 “Código de Familia” Pag.763 Ejercicio de la autoridad de los padres

4.15. JURISPRUDENCIA SOBRE CONCILIACIÓN EN ASISTENCIA FAMILIAR.

4.15.1 La Asistencia Familiar es exigible a partir de la firma del Acta de Conciliación

A.S. 200102 – Sala Civil – 1 – 026 (03 Feb.- 2001) “3- La obligación de asistencia se hace exigible a partir de la fecha del allanamiento en vía de conciliación, al estar con el criterio de la Corte, habida cuenta de que según el Ar T. 181 DEL Cód. Pdto. Civ. nums 4) y 5) los puntos conciliados, en la especie, reconocimiento judicial de paternidad causan cosa juzgada. Tal reconocimiento ha concluido con la conciliación, por lo que, no hay infracción de las normas que acusa el recurso en relación a este tema”.

4.15.2. Es plenamente válida y exigible la Asistencia Familiar fijada mediante el Acta de Conciliación

S.C. 1550/2005- R (1° dic. 2005) “...no es imprescindible que el Juez de la causa tenga que fijar la asistencia familiar, necesariamente, a través de una demanda de asistencia familiar..., si las partes previamente decidieron en forma voluntaria acordar sobre la misma. En estas circunstancias, resulta válido que la autoridad judicial homologue ese acuerdo para su fiel cumplimiento y adopte las medidas necesarias previstas por ley para su efectivización.

En consecuencia, el pago de la asistencia familiar puede exigirse cuando la pensión fue demandada y fijada por la autoridad competente dentro de un proceso de fijación de asistencia familiar o cuando ésta fue debidamente homologada con plena jurisdicción y competencia por el Juez de la materia”.

4.15.3. Propuesta de lineamientos generales sobre procedimientos de homologación y ejecución forzosa de actas

A partir de las buenas prácticas descritas, con base, en la normativa vigente y en concordancia con la jurisprudencia producida, el Servicio de Resolución Alternativa de Conflictos y los juzgados de los Centros Integrado de justicia reunidos en taller de fecha 06 de febrero del presente año, de manera conjunta han desarrollado la siguiente propuesta de lineamientos generales de orientación a, los procedimientos de homologación y ejecución forzosa de actas de conciliación⁸⁵

Sobre las actas:

- Su redacción debe sujetarse a la forma y requisitos exigidos por la Ley N° 1760 y su decreto reglamentario.
- Tratándose de distintas materias, debe procurarse elaborar actas por separado por cada materia.
- Tratándose de materia familiar debe constar la aceptación de los firmantes para su homologación.
- En casos de asistencia familiar debe constar fecha desde la cual corre la asistencia.

En esta propuesta claramente se observa en los casos de asistencia familiar sobre las actas que existen vacíos jurídicos en el procedimiento de homologación ya que se observó que en las distintas Resoluciones de Homologación se resuelven de manera diferente en, lo que respecta a la fecha o desde el momento en que corre la asistencia familiar tal como se ve en algunos ejemplos en los cuales se refieren a la asistencia familiar que se exige a partir de la fecha de suscripción del documento privado, en otros casos se refieren a la obligación exigible a partir de la citación con la presente demanda

⁸⁵TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE BOLIVIA. Circular N° 04/09 Pag. 9

tal cual lo dispone el art. 22 el código de familia. Es decir que se evidencia que la propuesta de los Juzgados Integrados y sus experiencias nos dan la razón sobre que el procedimientos vigente y las normas de carácter familiar necesitan una modificación que ameritan su análisis jurídico legal para poner coto a padres que burlan la ley ante la necesidad imperiosa de la asistencia familiar.

CAPITULO V TRABAJO DE CAMPO

5.1. RESULTADOS.

Con referencia a la aplicación de los cuestionarios, cada una de las preguntas del mismo tiende a responder al objetivo general y a los específicos.

Los resultados de los cuestionarios y entrevistas efectuados a jueces, abogados, actuarios, secretarios y madres de familia. Todos ellos entendidos en casos de procesos de asistencia familiar, fueron vaciados en una tabla cada uno, de manera que puedan facilitar la obtención de datos estadísticos, tabulados de manera ordenada y sistemática para poder determinar la confirmación de la hipótesis planteada en la presente investigación.

5.1.1. Tablas de resultados – entrevistas realizadas a jueces y abogados.

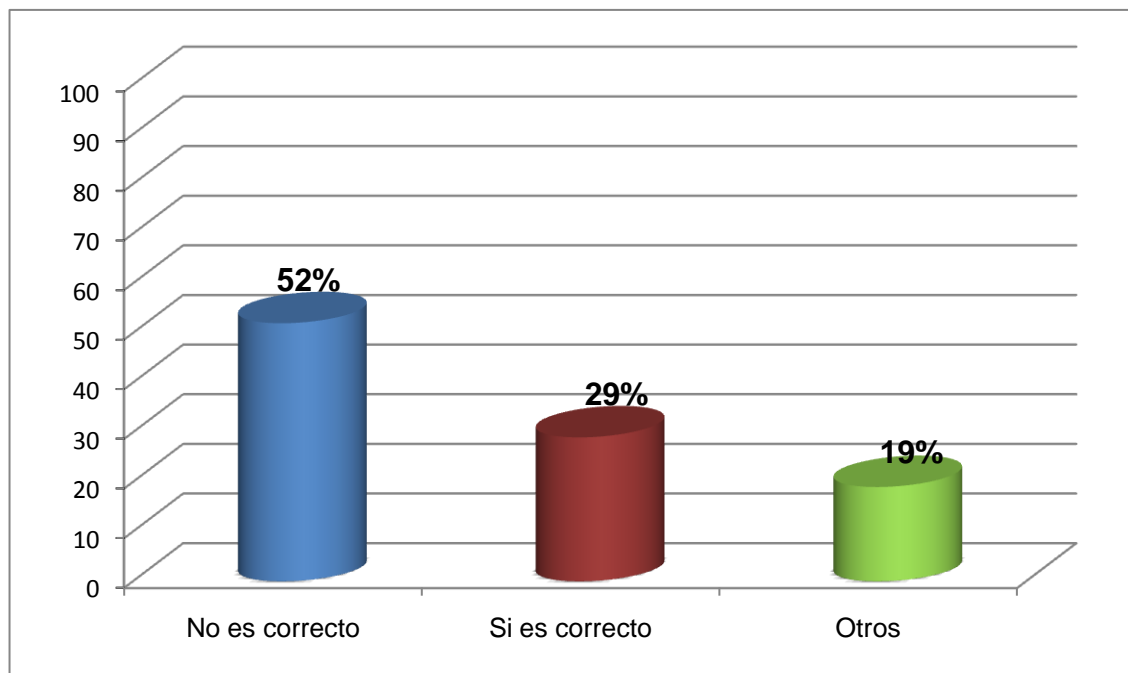
Esta técnica de la entrevista consistió en una interrelación entre los investigados y los entrevistados, a través de un cuestionario, sobre el tema de investigación, con el propósito de confirmar la hipótesis y los objetivos.

Las entrevistas efectuadas fueron a 21 jueces y abogados de la ciudad de El Alto, estos cuestionarios contenían preguntas estructuradas y dirigidas con un número fijo de preguntas, las mismas que fueron vaciadas en una matriz de resultados que facilitaron la descripción, análisis e interpretación de las respuestas de esta forma poder efectuar los datos estadísticos, los cuales se observan de la siguiente manera en la matriz de resultados:

5.1.1.1. Descripción, análisis e interpretación de resultados del cuestionario efectuado a jueces y abogados.

TABLA 1.

PREGUNTA Nro. 1	No es correcto	Si es correcto	Otros	Total Entrevist.
¿Cree usted que el actual Sistema de Asistencia Familiar, que no contempla la retroactividad es correcto? ¿Por qué?	11 (52%)	6 (29%)	4 (19%)	21 100%



El gráfico permite observar claramente los siguientes resultados: de 16 jueces y abogados encuestados; en primer lugar de preferencia se tiene a la opción de *No es correcto* con 11 anotaciones lo que equivale a un 52%; como segundo lugar de preferencia se tiene a la opción *Si es correcto* con 6 anotaciones, equivalentes a un 29%; en tercer lugar de preferencia tenemos Otros con 4 anotaciones lo que equivale a un 19 %

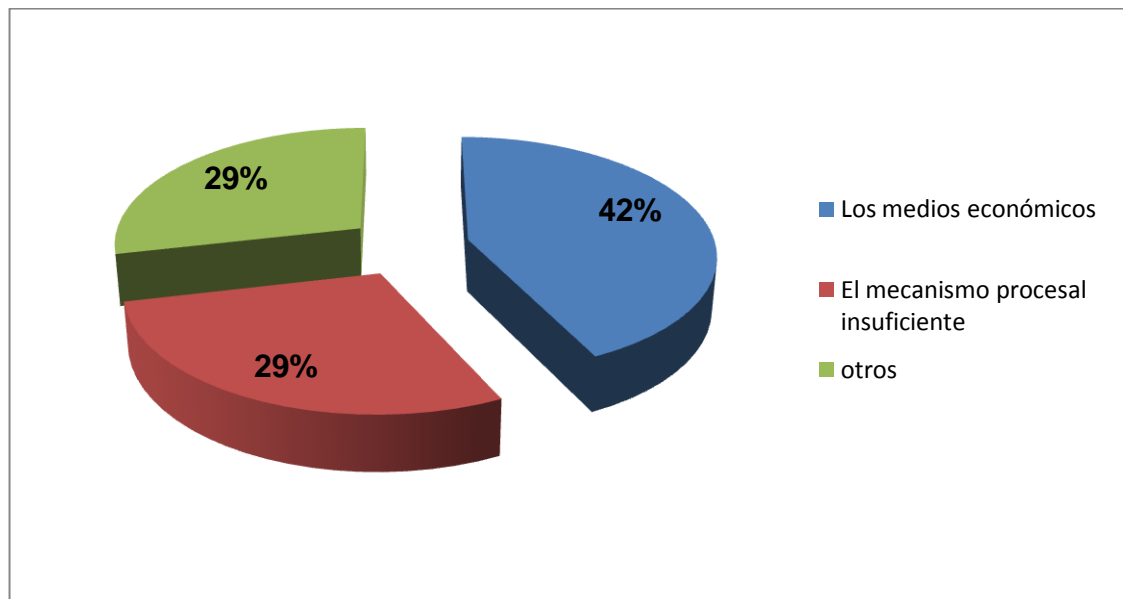
Por los resultados ya descritos podemos inferir que la mayoría de los jueces y abogados encuestados, El 52% de los entrevistados indicaron que no es correcto el actual sistema de asistencia familiar que no contempla la retroactividad, Porque el padre debe asumir su obligación desde el momento en que sabe que es su hijo, vale decir desde que le reconoce como tal, otorgándole su apellido y por lo tanto correr con los gastos que suponen la asistencia familiar.

En cambio el resultante 29 % opina que están en contra por las consecuencias económicas principalmente, u en primer lugar se debe establecer las causales de incumplimiento, entre ellas la falta de un empleo seguro o permanente, problemas de alcoholismo, y que la obligación de asistencia debe ser desde la citación con la demanda. Y el 19% no se definen a favor ni en contra porque habría que considerar otros aspectos como las causas y consecuencias.

En resumen, estas autoridades y abogados opinan que el actual sistema de asistencia familiar que no contempla la retroactividad no es correcto.

TABLA 2.

PREGUNTA Nro. 2	Los medios económicos	El mecanismo procesal insuficiente	Otros	Total Encuest.
¿Qué desventajas encuentra en el actual Sistema de Asistencia Familiar?	9 (42%)	6 (29%)	6 (29%)	21 100%



La torta de porcentajes nos muestra los siguientes resultados obtenidos del cuestionario: en primer lugar de preferencia se tiene con 9 anotaciones a la opción *Los medios económicos* lo que equivale a un 42%; como segundo lugar de preferencia se tiene a la opción *El mecanismo procesal insuficiente* con 6 anotaciones, equivalentes a un 29%; en tercer lugar de preferencia tenemos la opción *Otros* lo que equivale a un 29% cada una de un total del 100%.

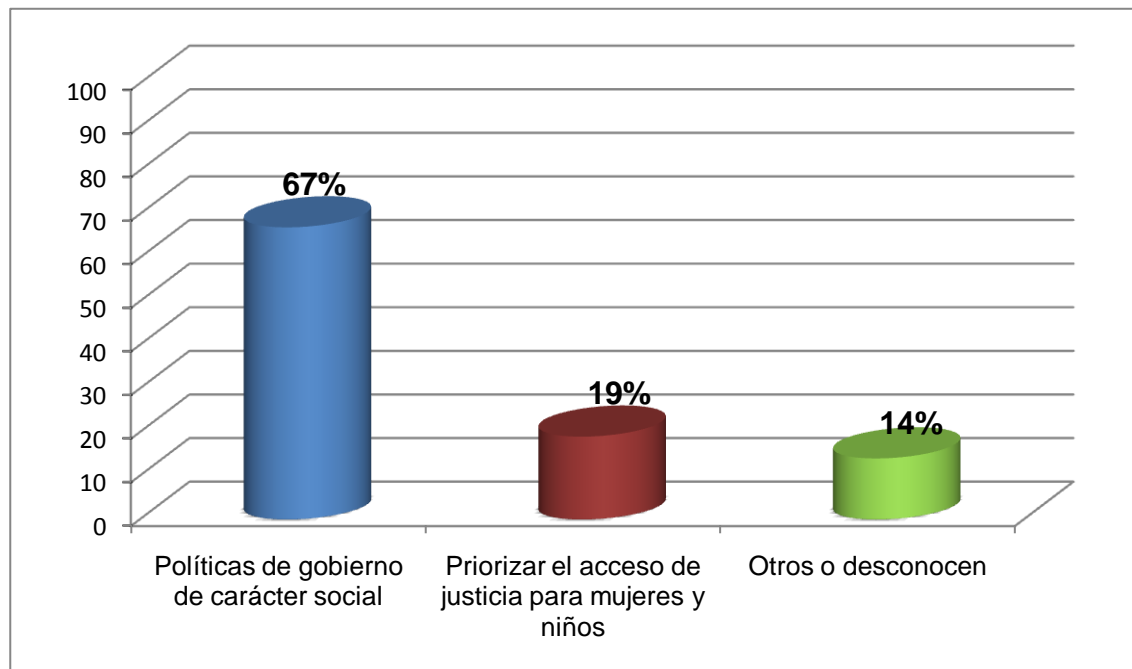
Por los resultados ya puntualizados podemos concluir que la mayoría de los jueces y abogados, un 56% opinan que el factor económico es la primera desventaja, luego un 38% consideran que los mecanismos procesales son desventajosos esto porque principalmente las etapas de proceso finalmente no

compensan los gastos, el tiempo que se invirtió ya que el resultado de la asistencia familiar solo corre desde la citación con la demanda. Luego existe un 6% que es lo mínimo desconocen alguna otra desventaja que sea de importancia.

En resumen existe una gran mayoría que afirman que los medios económicos y los mecanismos procesales son desventajas a tomar en cuenta.

TABLA 3.

PREGUNTA Nro. 3	Políticas de gobierno de carácter social	Priorizar el acceso de justicia para mujeres y niños	Otros o desconocen	Total Encuest.
¿Qué reformas se debería efectuar con carácter prioritario para mejorar la asistencia familiar en Bolivia?	14 (67%)	4 (19%)	3 (14%)	21 100%



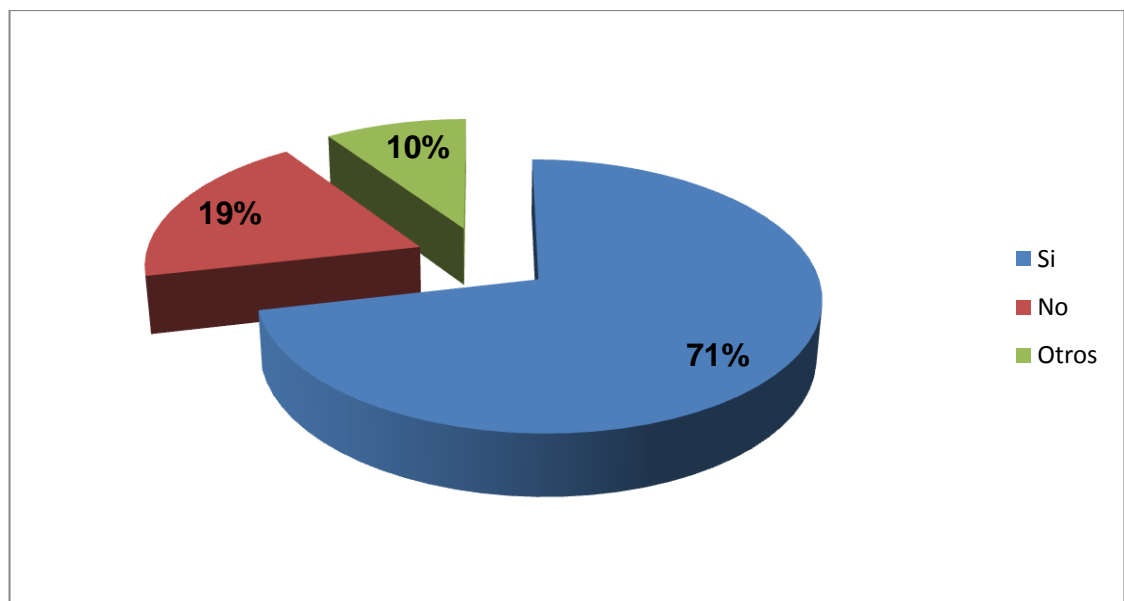
De los 21 Jueces y abogados encuestados, en primer lugar de preferencia se ubica la opción *Políticas de gobierno de carácter social* con 14 anotaciones lo que equivale al 67%; en segundo lugar de preferencia tenemos a la opción *Priorizar acceso de justicia a madres y niños* con 4 anotaciones, equivalentes a un 19%; y en tercer lugar tenemos la opción *Otros o desconocen* con 3 anotaciones, equivalentes al 14% del 100%.

Por los resultados se puede inferir que la mayor parte los Jueces y abogados, un 67 % coincidieron en que las reformas a la asistencia familiar prioritariamente deben originarse en las políticas de gobierno de carácter social. En cambio un 19% opinan que se debería priorizar el acceso a la justicia a mujeres y niños, y un 14% no saben o desconocen o no saben responder.

En resumen, la primera y la segunda tienen una relación muy afín ya que ambas se complementan, por lo tanto la mejora de la asistencia familiar debe comenzar por las reformas a las políticas gubernamentales.

TABLA 4.

PREGUNTA Nro. 4	Si	No	Otros	Total Encuest.
¿Cree usted que la retroactividad en la asistencia familiar beneficiará a los menores que sufren abandono o no están reconocidos? ¿Por qué?	15 (71%)	4 (19%)	2 (10%)	21 100%



El gráfico permite apreciar los siguientes resultados: en primer lugar de preferencia se tiene a la opción *Si* con 15 anotaciones, los cuales equivalen a un 71%; en segundo lugar de preferencia esta la opción *No* con 4 anotaciones lo que equivale a un 19%; la opción *Otros* con 2 anotaciones equivalente al 10%

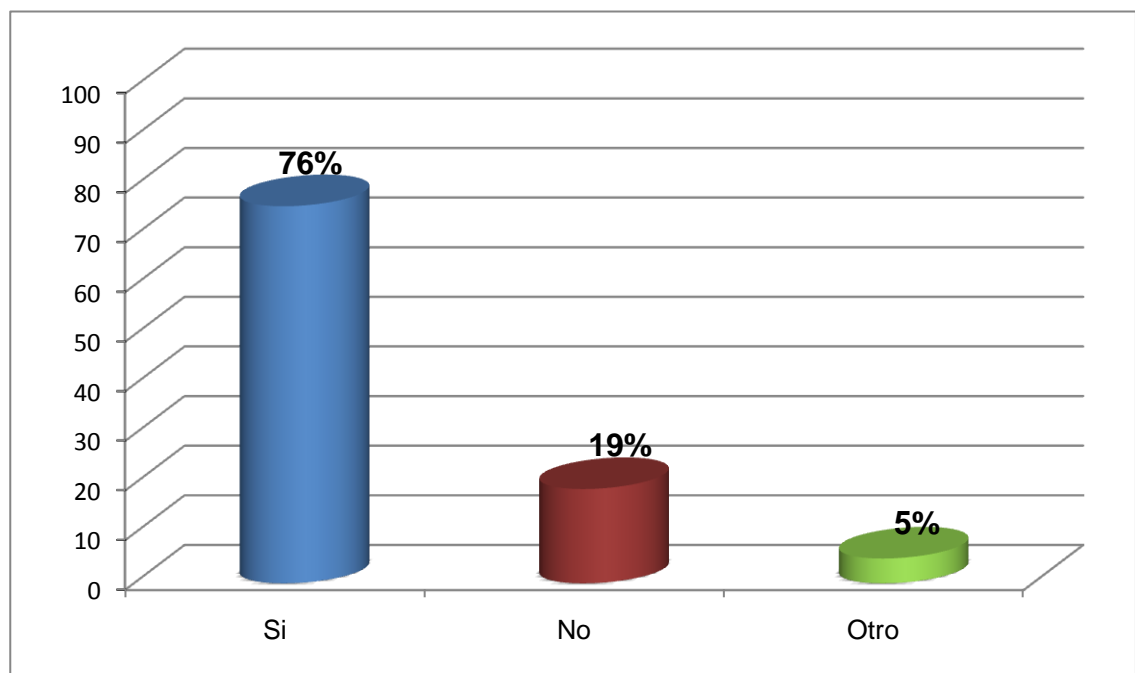
Por los resultados tabulados y detallados podemos concluir que el 71% de los entrevistados coincidieron en que el beneficio sería de gran manera ya que se reducirían considerablemente la situación de abandono de padres que no otorgan la asistencia familiar debida, y un 19% opinan que no ya que más bien debido al gran número de casos de padres que no cumplen con la asistencia se complicaría más la aplicación de liquidaciones por asistencia

familiar y con las consecuencias que en materia familiar y penal corresponden. Un 10% consideran que no sabrían decir si es o no beneficioso. Porque ameritaría un estudio mucho más exhaustivo para su implementación y consecuentemente ver los beneficios.

En resumen existen un gran número de casos de menores abandonados y no reconocidos que se beneficiarían con la retroactividad de la asistencia familiar, justamente por la situación de los documentos legales.

TABLA 5.

PREGUNTA Nro. 5	Si	No	Otros	Total Encuest.
¿La presunción de filiación incurra en el Art. 65 de la nueva Constitución Política del Estado, facilita la implementación de la asistencia familiar retroactiva? ¿Por qué?	16 (76%)	4 (19%)	1 (5%)	21 100%



El cuestionario, en la pregunta Nro. 5, obtiene los siguientes resultados: en primer lugar de preferencia se tiene a la opción *Si* con 16 anotaciones, lo que significa un 76%; en segundo lugar de preferencia se tiene a la opción *No* con 4 anotaciones, lo que equivale a un 19%; finalmente la opción *Otros* obtienen 1 anotación. Lo que equivale a un 5% del 100%

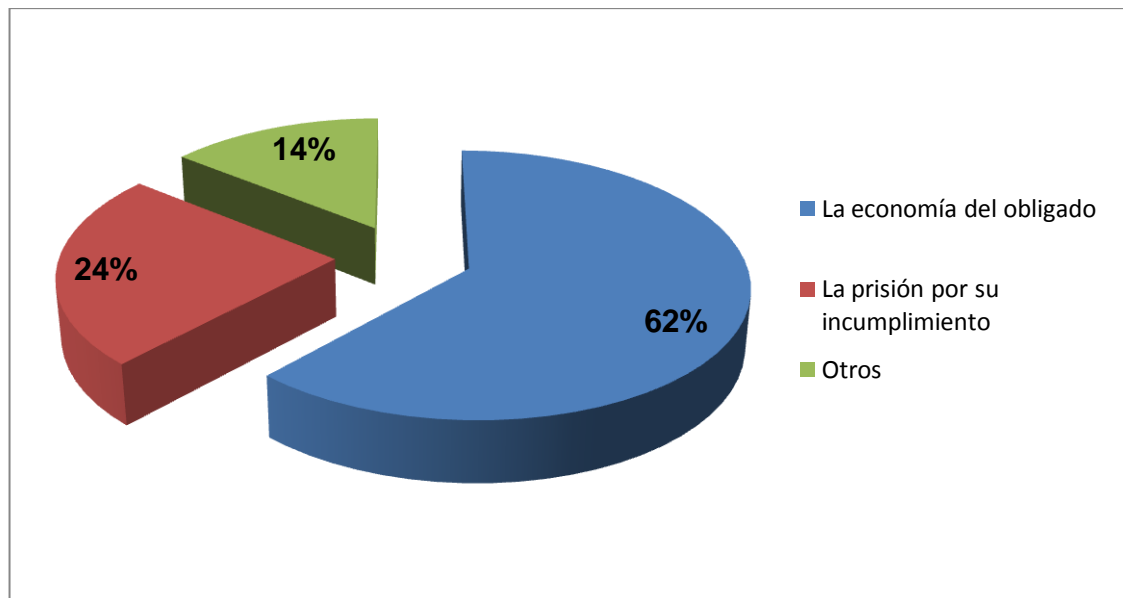
Por lo descrito en resultados, podemos inferir que la mayoría de los Jueces y abogados, un 76% de los entrevistados coincidieron en afirmar que la documentación legal es un impedimento para la asistencia familiar, por tanto la presunción de filiación facilitaría de manera significativa la asistencia familiar

retroactiva. Y un 19% opina que no es de gran importancia., finalmente un 5% desconocen por el estudio que ameritaría, si facilitaría la retroactividad de la asistencia familiar.

Como resultado de estas entrevistas se afirma que la presunción de filiación facilitaría la implementación de la asistencia familiar retroactiva por las implicancias que representaría en cuanto a la documentación legal de los menores.

TABLA 6.

PREGUNTA Nro. 6	La economía del obligado	La prisión por su incumplimiento	Otros	Total Encuest.
¿Según su criterio, que problemas existen para que no se implemente la asistencia familiar retroactiva? Sirva enunciarlos a continuación?	13 (62%)	5 (24%)	3 (14%)	21 100%



Los resultados obtenidos arrojan los siguientes resultados: en primer lugar de preferencia se encuentra la opción *La economía del obligado* con 13 anotaciones, lo que equivale a un 62%; en segundo lugar de preferencia se tiene a la opción *La prisión por su incumplimiento* con 5 anotaciones, lo que significa un 24 %; finalmente la opción *Otros* tienen 3 anotaciones, equivalente a 14% del 100%

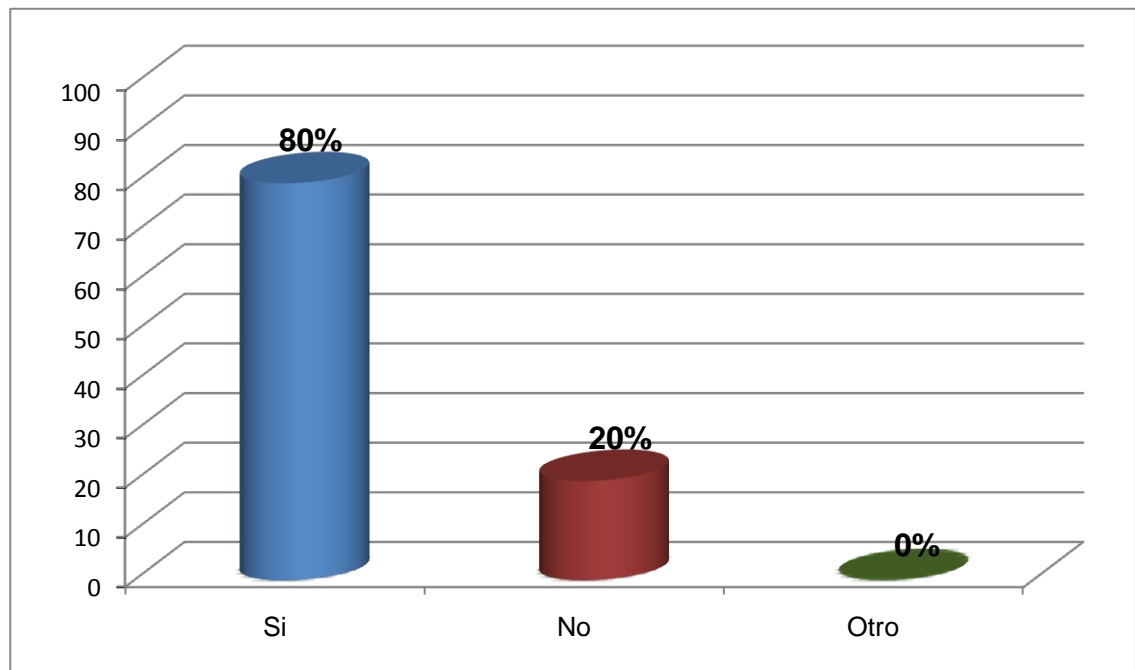
Los resultados de estas entrevistas nos reflejan que un 62 % opinan que la economía de los obligados será un problema que amerita un análisis por la complejidad que resultaría para la implementación de la retroactividad de la

asistencia familiar. Por otra parte un 24 % de los entrevistados opina que por el incumplimiento de la obligación por los montos acumulados, será muy difícil su cumplimiento y por tanto se verán sometidos a la prisión por la falta de obligaciones de asistencia familiar. Y un 14 % consideran los problemas serán entre otros; falta de trabajo, padres con muchas obligaciones y deudas económicas, número de hijos con diferentes mujeres.

En resumen se afirma que el mayor problema que se atravesaría para la implementación de la asistencia retroactiva sería el factor económico de los obligados que repercutiría en consecuencias penales que agravarían su situación.

TABLA 7.

PREGUNTA Nro. 7	Si	No	Otros	Total Encuest
¿Se debería fijar un monto mínimo nacional de Asistencia Familiar, para aplicar la asistencia familiar retroactiva y así favorecer a los menores que han sufrido abandono o que al separarse sus padres no hayan llegado a acuerdo voluntario alguno?	16 (80%)	5 (20%)		21 100%



Tanto la tabla como el gráfico de barras muestran claramente los siguientes resultados: en primer lugar de preferencia se tiene a la opción *Si* con 16 anotaciones, lo que equivale a un 80%; las opciones *No* obtiene 5 anotaciones de preferencia en el cuestionario equivalente a un 20% del 100%. La opción *Otros* no obtienen ninguna anotación de preferencia en el cuestionario.

Se puede observar que existe un 80% de los entrevistados consideran que debería fijarse un monto mínimo nacional para la asistencia familiar

retroactiva, esto por el gran número de casos que se dan y por el actual sistema procesal que es muy injusto con los que piden la asistencia y contrariamente favorece más a los obligados, que generalmente burlan las normativas vigentes. Un 20% opinan que no es posible ya que el sistema está bien pese a sus falencias observadas.

En resumen, se está en condiciones de afirmar que existe una marcada opinión a favor de establecer un monto mínimo nacional para la asistencia familiar y con carácter retroactivo porque así se conseguiría una considerable disminución de casos donde los obligados rehúyen con su obligación terminarían por cumplir.

5.1.2. Tablas de resultados – Cuestionario efectuado a actuarios, secretarías de Juzgado y Madres de Familia

El cuestionario fue efectuado a 95 personas entre actuarios, secretarías juzgado y madres de familia de la muestra determinada, los mismos pertenecen a diferentes juzgados tanto de Instrucción, Partido de Familia. Y en cuanto a las madres de familia de diferentes sectores sociales. El cuestionario se lo llevó a cabo con información de primera mano, ya que su llenado y aplicación fue en directa relación entre el investigador y los entrevistados, a través de un cuestionario que contenían preguntas estructuradas y dirigidas con un número fijo de 6, sobre el tema de investigación, con el propósito de confirmar la hipótesis y los objetivos del presente trabajo.

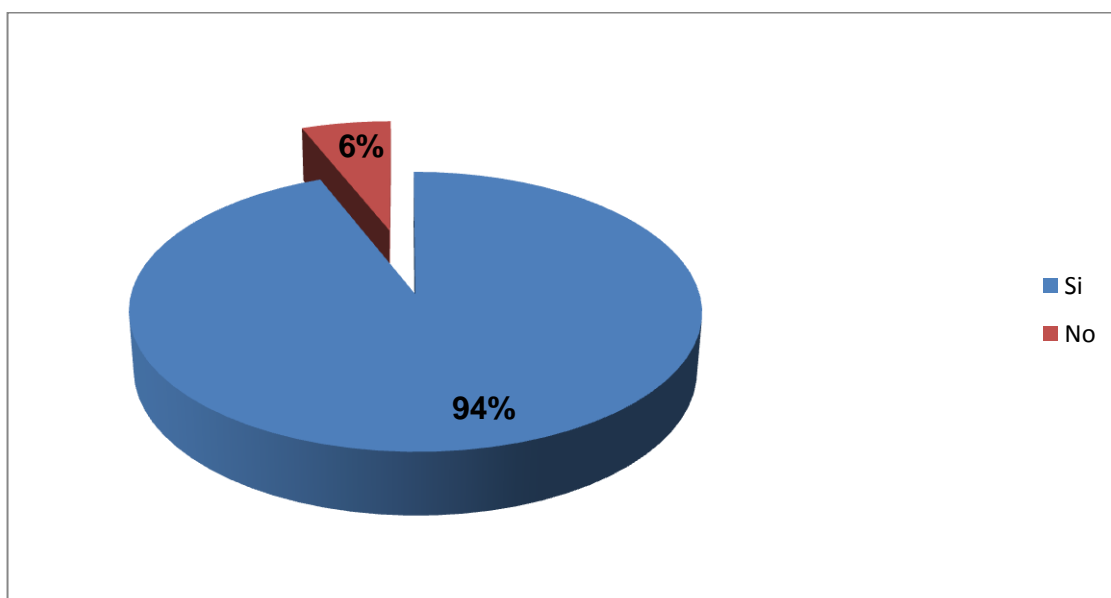
Posteriormente los resultados del cuestionario efectuado a los actuarios, secretarías de juzgado y madres de familia, fueron vaciados y tabulados en una matriz de resultados que facilitaron la descripción y análisis de las respuestas, de esta forma poder efectuar los datos estadísticos y su posterior interpretación o valoración sobre el tema de la retroactividad de la asistencia familiar, por parte de los entrevistados.

Tanto la Matriz de Resultados, Tablas y los datos Estadísticos más su descripción, análisis e interpretación de los resultados se observan de la siguiente manera:

5.1.2.1. Descripción, Análisis e interpretación de Resultados del cuestionario efectuado a actuarios, secretarías de Juzgado y Madres de Familia.

TABLA 1.

PREGUNTA Nro. 1	Si	No	Total Encuest.
¿Cree usted que actualmente, el régimen de asistencia familiar debe ser reformado? ¿Por qué?	89 (94%)	6 (6%)	95 100%



Por el gráfico se puede constatar los siguientes resultados: en primer lugar de preferencia se encuentra la opción *Si* con 89 anotaciones, lo que significa un 94%; en segundo lugar de preferencia se tiene a la opción *No* con 6 anotaciones, lo que equivale a un 6 %, de la totalidad del 100 % de los encuestados.

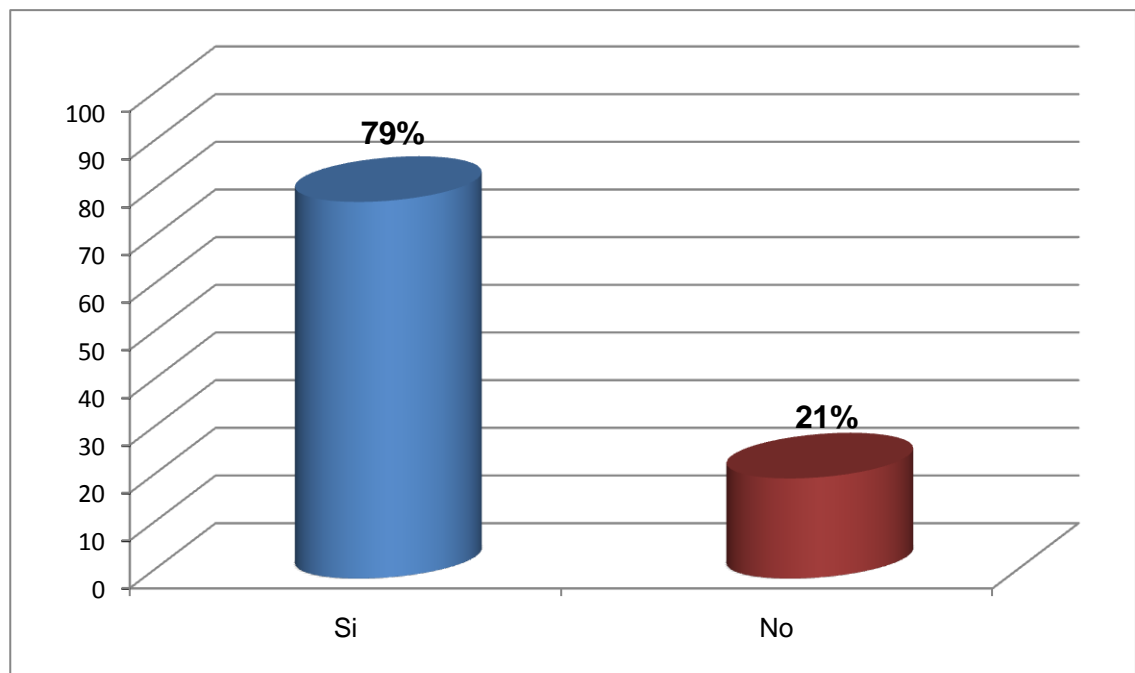
Los resultados detallados permiten puntualizar que La asistencia familiar según la versión de los encuestados se afirma categóricamente en un 94% que debe ser reformado, porque evitar gastos en procesos judiciales excesivos especialmente de los sectores más vulnerables que son las familias de escasos

recursos económicos ya que los padres obligados, no cumplen y más bien quien sale poco beneficiado es el niño y la madre que prácticamente pasa un vía crucis en todas las etapas del proceso de demanda de asistencia judicial. Un 6% opina que el actual régimen de asistencia familiar está bien como está solo necesita que los operadores de justicia y todas las relacionadas con ella actúen de manera más efectiva.

En resumen los encuestados están muy de acuerdo en que el actual régimen de asistencia familiar debe ser reformado para beneficio mayor de los niños y el alcance de la justicia familiar sea más eficiente y cumpla de manera suficiente real y oportuna.

TABLA 2.

PREGUNTA Nro. 2	Si	No	Total Encuest.
¿Se debería implementar la asistencia familiar retroactiva? ¿Por qué?	75 (79%)	20 (21%)	95 100%



El gráfico de barras permite visualizar claramente los siguientes resultados: en primer lugar de preferencia se encuentra la opción *Si* con 75 anotaciones, lo que equivale a un 79 %; el segundo lugar de preferencia está ocupado por la opción *No* con 20 anotaciones, lo que significa un 21 %, del total de los encuestados.

Los resultados descritos reflejan que la mayoría de los actuarios, secretarías de juzgado y madres de familia, la asistencia familiar según la versión de los encuestados se afirma que en un 79% debería ser retroactivo, porque así se evitarían gastos de procesos judiciales ya que los padres obligados, teniendo conocimiento de la retroactividad de la asistencia temerían acumularse deudas por la misma y cumplirían o por lo menos tratarían de no

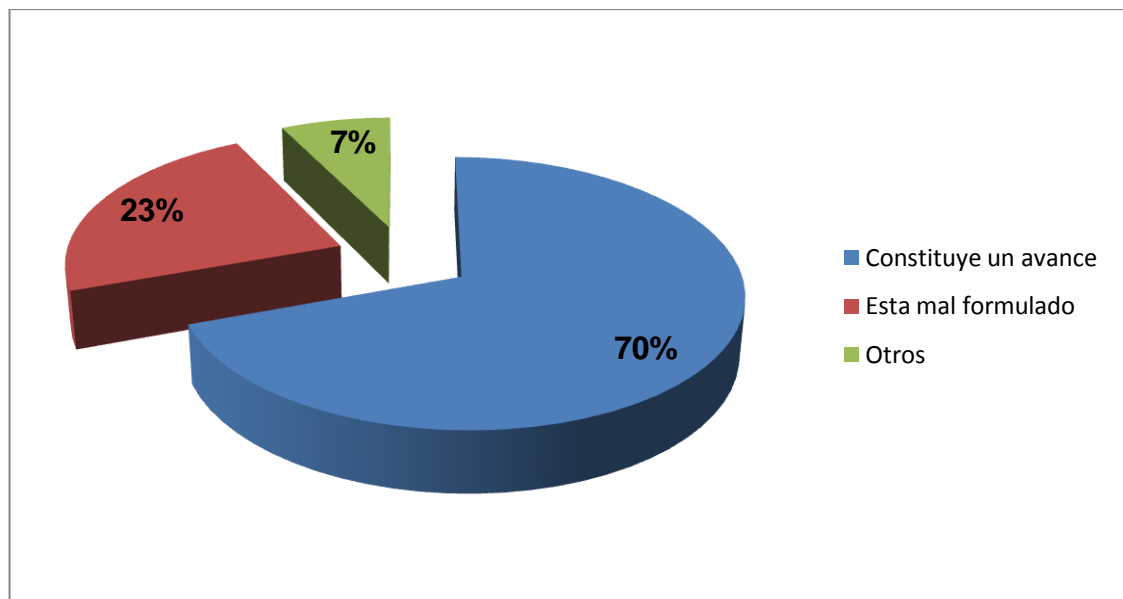
acumular mensualidades pendientes. Y según la versión de las mismas encuestadas(os) incluso se evitarían también el distanciamiento entre la familia ya que un entablada la demanda ya deja un sabor amargo entre los padres y sin quererlo también entre los hijos y el padre obligado.

Por otra parte se vio que un 21% no está de acuerdo con la implementación de la retroactividad

En resumen, se observa como resultado que la implementación de la retroactividad de la asistencia familiar sería beneficiosa para los que piden como son generalmente las madres y sus hijos desprotegidos por circunstancias como el abandono del padre o responsable que no asume su obligación, y por la economía de familias particularmente pobres.

TABLA 3.

PREGUNTA Nro. 3	Constituye un avance	Esta mal formulado	Otros	Total Encuest.
¿Cree usted que la presunción de filiación, respecto a los progenitores, que se incorpora en la nueva Constitución del Estado, es una Institución que constituye un avance o esta mal formulado?	66 (70%)	22 (23%)	7 (7%)	95 100%



El gráfico permite apreciar los siguientes resultados: en primer lugar de preferencia se encuentra la opción *Constituye un avance* con 66 anotaciones, lo que significa un 70%; en segundo lugar de preferencia se ubica la opción *está mal formulado* con 22 anotaciones, lo que equivale a un 23 %; en tercer lugar de preferencia está ocupada por la opción *Otros* con 7 anotaciones, lo que significa un 7 %; del total de los encuestados.

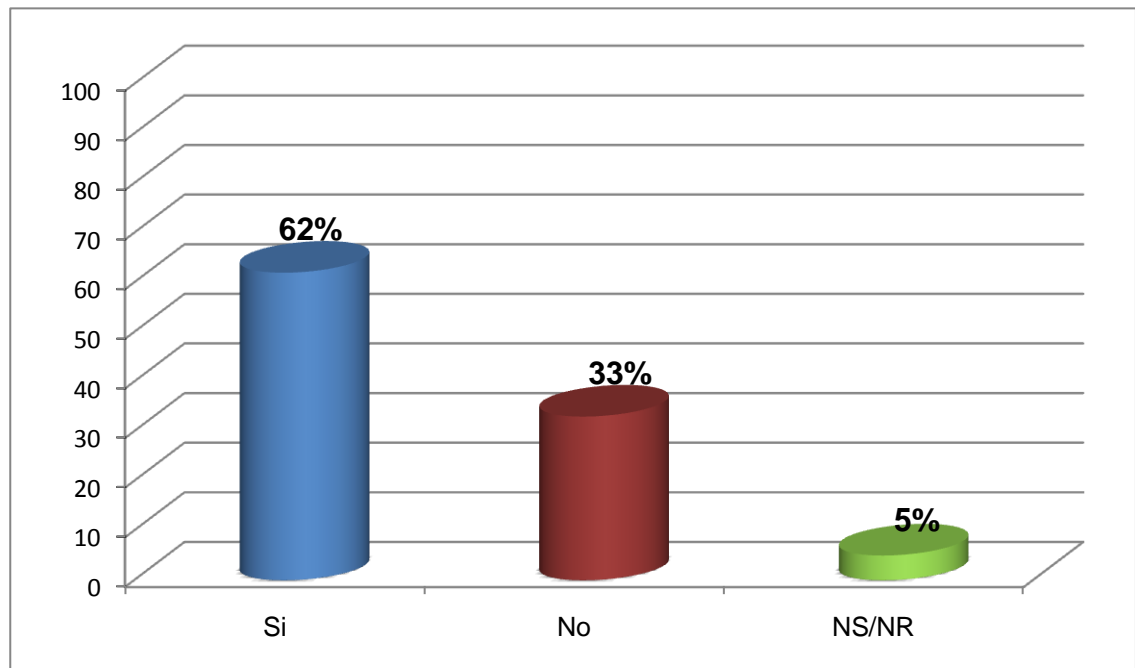
Los resultados de la encuesta nos permiten afirmar que un 70 % consideran que es un avance que en la nueva Constitución Política Del Estado se establezca la presunción de filiación fundamentalmente porque dejaría de ser

una excusa para no otorgar la asistencia ya que el documento legal es el certificado de nacimiento con el reconocimiento del hijo correspondiente y por tanto el padre obligado tomaría con más responsabilidad.

Y por otra parte el 23% opinan que está mal formulado, porque consideran que debe existir una prueba previa y no así porque sería un abuso a sus derechos. Y el 7% opinan que debe analizarse mucho más ya que atentan contra la voluntad de las personas.

TABLA 4.

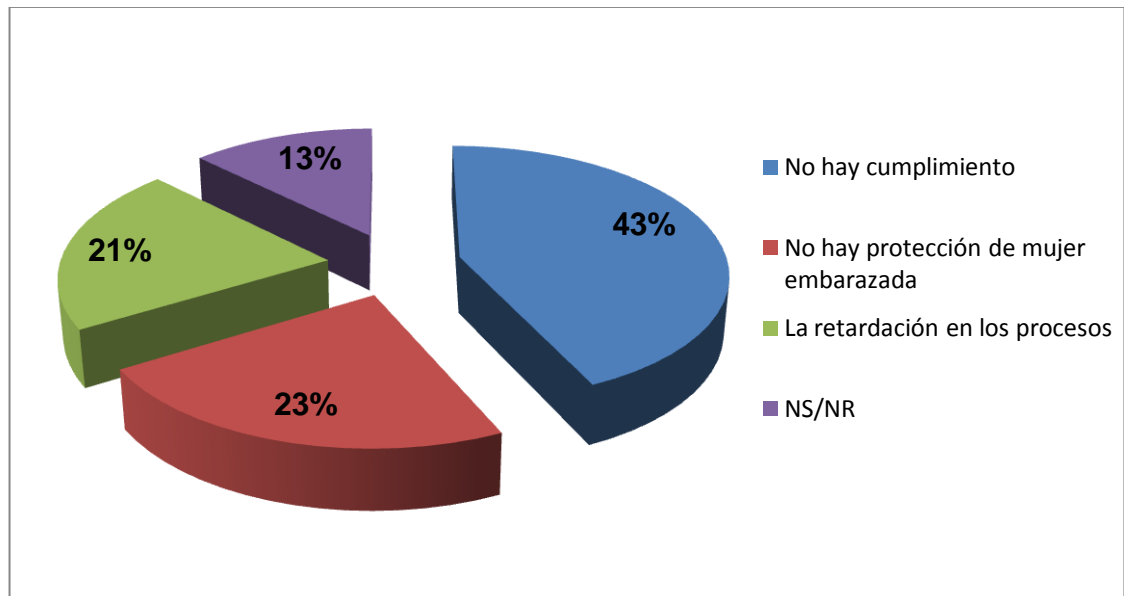
PREGUNTA Nro. 4	Si	No	NS/NR	Total Encuest.
El código de familia establece que para recibir la asistencia familiar un menor debe ser expresamente reconocido y no toma en cuenta la presunción de filiación que establece la actual Constitución. ¿Cree usted que el código de familia debería considerar la presunción de filiación para la concesión de la asistencia familiar?	59 (62%)	31 (33%)	5 (5%)	95 100%



La tabla y la figura permiten visualizar los siguientes resultados: en primer lugar de preferencia se tiene a la opción *Si* con 59 anotaciones, lo que representa a un 62 %; en segundo lugar de preferencia esta la opción *No* con 31 anotaciones, el cual significa un 33 %; en tercer lugar de preferencia se ubica la opción *No sabe No responde* con 5 anotaciones, el cual constituye un 5 %, del total de los encuestados (95)

TABLA 5.

PREGUNTA Nro. 5	No hay cumplimiento	No hay protección de mujer embarazada	La retardación en los procesos	NS/NR	Total Encuestados
¿Qué desventajas encuentra usted en el actual Sistema de Asistencia Familiar?	41 (43%)	22 (23%)	20 (21%)	12 (13%)	95 100%



La tabla estadística claramente permite apreciar los siguientes resultados: en primer lugar de preferencia se ubica la opción *No hay cumplimiento en la asistencia familiar* con 41 anotaciones, lo que equivale a un 43 %; en segundo lugar de preferencia se encuentra la opción *No hay protección para mujer embarazada* con 22 anotaciones, lo que representa a un 23 %; en último lugar de preferencia esta la opción *No sabe, No responde* con 12 anotaciones lo que significa un 13 %; del total de 95 encuestados.

Por lo puntualizado se puede inferir que la mayoría de los encuestados, nos expresan que existe un 43% de los encuestados que afirman que no se cumple

la asistencia familiar y las razones van desde: 1) falta de empleo 2) Falta responsabilidad 3) violencia intrafamiliar.

Existe un 23% de encuestados(as) que afirman que hay un alto número de mujeres embarazadas a las cuales no se las protege apropiadamente, es decir que no existe prevención en estos casos, pues generalmente el varón progenitor no asume su responsabilidad debida.

Y existe un 13% que desconoce algunas desventajas ya que consideran que esta bien como se encuentra el sistema de asistencia familiar y sus razones no las fundamentan o no saben hacerlo.

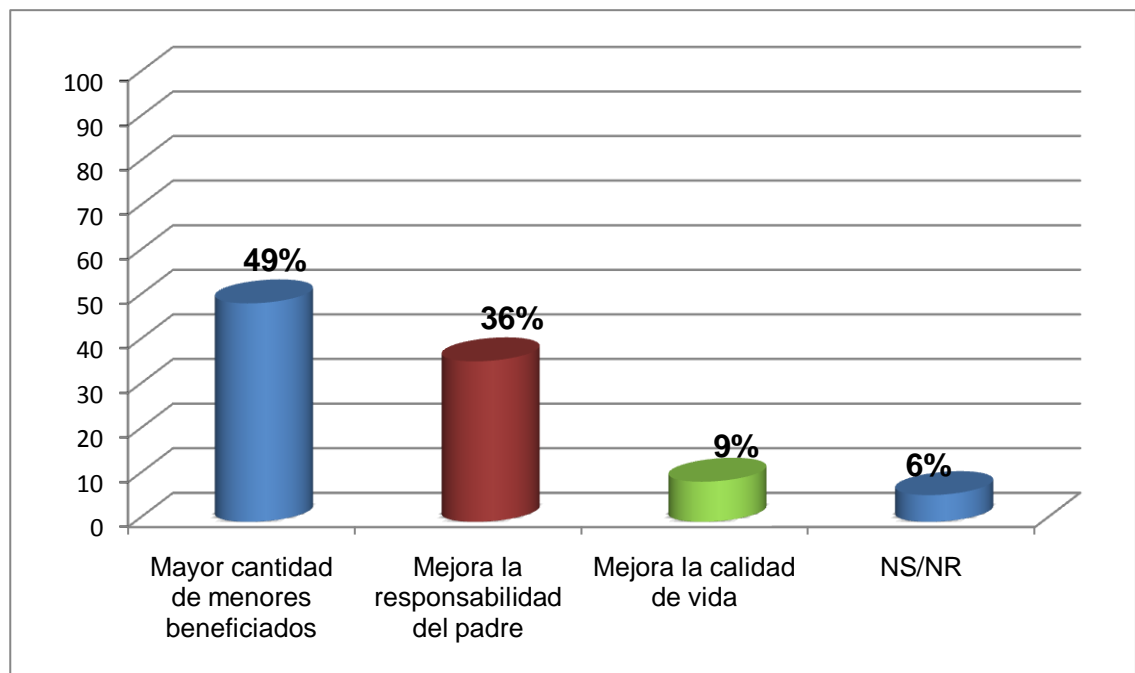
Por otra parte un 21% afirman definitivamente que existe retardación en los procesos de asistencia familiar también por diferentes causas como ser:

- 1) Por la falta de seriedad en la investigación de ingresos o patrimonio económico del obligado. 2) Razones administrativas 3) el obligado no se presenta o burla la ley.

En resumen existen una serie de causales en las diferentes desventajas, pero las anotadas se consideran como las más importantes y de trascendencia.

TABLA 6.

PREGUNTA Nro. 6	Mayor cantidad de menores beneficiados	Mejora la responsabilidad del padre	Mejora la calidad de vida	NS/NR	Total Encuestados
¿Qué ventajas tendría la incorporación de la asistencia familiar retroactiva en el código de familia?	46 (49%)	34 (36%)	9 (9%)	6 (6%)	95 100%



El gráfico permite observar claramente los siguientes resultados: en primer lugar de preferencia se encuentra la opción *Mayor cantidad de menores beneficiados* con 46 anotaciones, lo que equivale a un 49%; en segundo lugar de preferencia se ubica la opción *Mejora la responsabilidad del padre* con 34 anotaciones; lo que representa un 36 %; en tercer lugar de preferencia esta la opción *Mejora la calidad de vida* con 9 anotaciones, lo que significa el 9 %, finalmente se tiene a la opción *No sabe, No responde* con 6 anotaciones lo que significa un 6 % de los 95 encuestados.

Por lo descrito se puede concluir que la generalidad de los encuestados: un 49% consideran que el beneficio a los menores en la asistencia familiar sería mayor ya que los padre obligados temerían el acumulo del monto adeudado, y por lo mismo serían más cumplidos y por tanto se crearía un también mayor beneficio para los menores. Por otra parte un 36% opinan que una ventaja importante será la mejora y mayor responsabilidad del padre obligado en el cumplimiento de la asistencia familiar. Y un 9% manifiestan que la ventaja será la mejor calidad de vida de los menores beneficiados con la asistencia familiar. Y finalmente existe un 6% que no saben qué ventajas traería la retroactividad de la asistencia familiar.

En resumen sobre esta cuestionante, existe un mayor apoyo a la retroactividad de la asistencia ya que beneficiaría al número de menores que no cuentan con este beneficio por diferentes factores y las razones ya mencionadas, y por lo tanto mayor justicia para los niños, niñas y adolescentes primordialmente.

CONCLUSIONES GENERALES.

Considerando los resultados ya descritos, analizados e interpretados, obtenidos de los diferentes cuestionarios aplicados a Jueces, Abogados, actuarios, secretarías de juzgados de Instrucción y de Partido y madres de Familia, para demostrar el logro de los Objetivos y verificación de la Hipótesis de la tesis, se llega a las siguientes conclusiones:

LOGROS OBTENIDOS:

1º. En el trabajo de tesis, el **Objetivo General:**

“Demostrar la insuficiencia de las disposiciones legales en materia de asistencia familiar por estar en contra de la oportuna asistencia a los menores y alternativamente proponer disposiciones jurídicas e institucionales que permitan la retroactividad de la asistencia familiar”

El logro del Objetivo General, se patentizó en demostrar que las actuales disposiciones legales no son suficientes y el procedimiento jurídico de asistencia familiar, el cual se lo consideró ampliamente en los Capítulos 2,4 y 5, La asistencia familiar en Bolivia y la asistencia familiar en la legislación comparada, importancia de la retroactividad de la asistencia familiar respectivamente, donde se concluyó que: Bolivia es un país donde las políticas sociales a nivel de gobierno se están observando, y de manera particular en los sectores de escasos recursos, Además de ello la nueva Constitución Política del Estado ha incorporado muchas disposiciones legales que hacen que se deben mejorar las leyes como es el caso del Art. 65 que establece la presunción de filiación y otros que fortalecen las leyes que defienden los derechos de los

menores que muchas veces son burlados y ultrajados por padres que incumplen con su obligación de dar una asistencia familiar de manera justa y oportuna.

Los cuestionarios aplicados revelan con mucha claridad, a través de la preguntas 1, 2 y 3, 5 (Ver anexos), que la mayoría de los Jueces, abogados, actuarios, secretarías de juzgados como madres de Familia encuestados, están de acuerdo que se debe hacer reformas a los procedimientos de carácter familiar, he incluso manifiestan que se debería implementar la presunción de filiación en el código de familia y la ley 1760 de abreviación procesal. En atención a los niños, niñas y adolescentes que son los recursos humanos vitales y esenciales de cualquier sociedad para su subsistencia y desarrollo, no tienen protección jurídica y adecuada en este momento, como se ha podido constatar en el capítulo V sobre la importancia de la retroactividad de la asistencia familiar para preservar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en la familia.

Hoy, existe la necesidad imperiosa de disposiciones legales que faciliten la correspondiente implementación de la retroactividad en la asistencia familiar en favor de los menores, por los enormes beneficios que conlleva el mismo como base proyectiva de un desarrollo integral de toda persona como parte de una sociedad moderna en el siglo XXI. Entonces los niños, niñas y adolescentes necesitan: la protección jurídica suficiente que garantice su desarrollo normal en el tema de asistencia familiar real y oportuna.

El presente trabajo de investigación frente a éste tema y los diferentes cambios que sufre el país, pretende ser un aporte en el ámbito de la justicia y su apropiada administración en pro del núcleo familiar, y el acceso a la misma en forma específica de los menores con un **Anteproyecto de Ley** que hace referencia a la **Implementación de la retroactividad de la asistencia familiar,**

como estrategia de Estado y por intermedio de los Ministerios de Justicia, y entidades como los Centros Integrales de Justicia que otorgan una ayuda de manera acertada especialmente a sectores sociales desprotegidos donde los casos de incumplimiento de asistencia familiar se da en un mayor porcentaje.

El trabajo de campo, Capítulo VI, al respecto muestra claramente un apoyo generalizado de los principales actores de la administración de justicia, a través de las preguntas 1,4 y 6 de los cuestionarios (Ver anexos) realizado a actuarios, secretarías de juzgados, y madres de Familia, porque los mismos indican que estarían de acuerdo en apoyar una reforma o modificación del código de familia y normas de procedimiento que vaya a mejorar los procedimientos jurídicos de asistencia familiar, con la finalidad de preservar el desarrollo físico, psicológico, emocional y social de niños, niñas y adolescentes.

Por todo lo expuesto, queda plenamente alcanzado el objetivo general que se planteó al principio del trabajo de investigación. De ahí que existe la necesidad de una Ley para modificar el Código de Familia y leyes inherentes a la Asistencia Familiar y su retroactividad.

2º. Respecto a los **Objetivos Específicos:**

- ✓ **“Demostrar que las normas en materia familiar sobre la asistencia a los menores es insuficiente”**. El actual sistema Procesal en materia familiar establece la Asistencia Familiar, sólo con carácter irretroactivo, que es la causa para que muchos niños, niñas y adolescentes, no reciban este beneficio y por lo tanto sufran las tremendas consecuencias que esto implica, perjudicando su desarrollo normal y haciendo que lleve una vida miserable, de continuas necesidades, que perjudican su desarrollo integral y con consecuencias negativas, como la mendicidad, la desnutrición, la vagancia y hasta la delincuencia.

- ✓ **“Demostrar que la madre y los menores de edad no reciben en forma oportuna la asistencia familiar.** Respecto a este objetivo se puede afirmar, El Código de Familia establece que sólo pueden recibir la Asistencia Familiar los hijos expresamente reconocidos, sin embargo en la **nueva Constitución del Estado, se establece la “presunción de filiación”, que facilita la incorporación de la Asistencia Familiar Retroactiva** en nuestra legislación familiar; que el Estado tiene la función suprema y primera responsabilidad financiera e indeclinable de sostener, garantizar y gestionar la atención a los niños, niñas y adolescentes en todos sus niveles, por su parte todas las personas bolivianas tienen el derecho a recibir alimentación y sustento de manera universal, sin discriminación. Cuando se habla de ese derecho fundamental de los menores, se hace referencia a la formación integral desde el nacimiento, sin embargo las leyes y reglamentos procedimentales mencionados revelan un vacío jurídico en cuanto a su cumplimiento real y oportuna de la asistencia familiar de los niños de , los cuales cuentan con poca o ninguna protección jurídica de las normas respectivas actuales, como se lo puede constatar de manera más amplia en el Capítulo V sobre Sistema Jurídico y Procedimiento de la asistencia familiar en Bolivia y el Trabajo de Campo.

- ✓ **“Demostrar que los padres irresponsables si es que cumplen con su obligación lo hacen en forma extemporánea a las reales necesidades de los hijos”.** Al respecto cabe mencionar, mediante la revisión del Capítulo IV y el Trabajo de Campo, y el Capítulo VI, develan y constatan con claridad que los niños que no han recibido una asistencia familiar real y oportuna, no en todos los casos, sobre el punto, los entrevistados y madres de familia de menores involucradas en casos de procesos de asistencia familiar observan un frecuente incumplimiento o por diferentes factores o justificaciones económicas falsas. **Por otra parte**

el Sistema de irretroactividad de la Asistencia Familiar, existente actualmente fomenta la irresponsabilidad e indisciplina en los progenitores que descuidan sus obligaciones e inclusive sin temor al apremio corporal. Pero la asistencia familiar retroactiva, tiene un carácter ineludible y acumulativo y los progenitores se ven obligados desde un principio a cumplir con esta obligación para evitar que esta se acumule y corran el riesgo, de ir presos por esta razón.

- ✓ **“Analizar el Código de Familia y el Código niño, niña y adolescente en su referencia a la asistencia familiar, la incidencia que puede tener el mismo en la adecuada formación de los recursos humanos”.**

Este objetivo ha sido logrado por la aplicación de los cuestionarios a los principales actores de la administración de justicia, como son los Jueces, Abogados y Madres de Familia, en especial las preguntas 3, 4 y 6 que refieren sobre el punto (Ver anexos), donde la mayoría de ellos señala que se debería reformar el Código de Familia en lo referido a la asistencia familiar a partir de la citación con la demanda, también en el capítulo V referido a procedimientos y de manera particular sobre las experiencias en las homologaciones de acuerdos transaccionales voluntarios y por la vía conciliatoria. La asistencia familiar tiene un carácter apremiante, no puede esperar y debe ser cancelada puntualmente y sin falta, ya que comprende esencialmente todo lo necesario para el sustento, la habitación, el vestido, la educación, el pago de servicios públicos y la atención médica. La familia desde la más remota antigüedad ha sido el núcleo fundamental de la sociedad, por lo que reviste la mayor importancia y relevancia, sin embargo existen factores que aminoran la función socializadora de la familia, como el divorcio, la separación, y el abandono, por lo que la asistencia familiar surge como una obligación ineludible que se debe dar a los niños, niñas y adolescentes para su formación integral y si esta no se cumple o se retrasa tiene

consecuencias sumamente negativas, provocando la indigencia, la vagancia y hasta la delincuencia en quienes surgen los efectos tan negativos de este incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

- ✓ **“Sugerir alternativas efectivas para la implementación en el Código de Familia, la Ley 1760 la extensión del momento en que se inicia la asistencia familiar, es decir la retroactividad de la misma para efectivizar las garantías que debe brindar la seguridad jurídica de los menores como futuros ciudadanos.”** Favorablemente se puede decir, a través del Trabajo de Campo, que el análisis e interpretación de los resultados de la investigación, demuestran que efectivamente tanto los Jueces, abogados y madres de Familia de diferentes sectores sociales están muy de acuerdo en la necesidad de crear disposiciones legales que modifiquen las normas actuales sobre asistencia familiar Código de familia, Ley 1760, es decir sobre el momento o desde cuando corre la asistencia, su retroactividad en favor y terminar con la desprotección de los niños por la insuficiencia de estas normas; para ello manifiestan su apoyo contundente por los resultados obtenidos en los cuestionarios aplicados a los mismos (Ver anexos). Al respecto decir que el Régimen Familiar y de la niñez, adolescencia y juventud de la nueva Constitución Política del Estado, rescata el derecho a la identidad y la filiación respecto a los progenitores, incluso a la presunción de filiación y garantiza la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos como es el bien jurídicamente protegido que es precisamente el deber de asistencia familiar, o sea la primacía de recibir protección y socorro en cualquier circunstancia. Por esta razón, dispone también que los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean

menores y tengan alguna discapacidad. Aquí es importante establecer y crear la Ley modificatoria de las normas mencionadas. **La presente Tesis como conclusión final propone un Anteproyecto de Ley que implementa en el código de familia la retroactividad de la asistencia familiar y responde a la necesidad de preservar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.**

3º. En cuanto a la **Hipótesis**:

“La implementación de mecanismos jurídicos e institucionales a favor de los niños, niñas y adolescentes, permitirá la reglamentación de la retroactividad para una efectiva asistencia familiar”.

De acuerdo a los resultados obtenidos, en el trabajo de campo, de los cuestionarios aplicados a los principales actores de la administración de justicia, como son los Jueces, Abogados, actuarios, secretarías de Juzgados y Madres de Familia de diferentes sectores sociales, más la revisión literaria histórica, teórica y jurídica respecto a la asistencia familiar y su retroactividad en favor de los niños, niñas y adolescentes, se puede evidenciar con mucha claridad la comprobación de la hipótesis, ya que la incorporación de la retroactividad de la asistencia familiar en los reglamentos procedimentales del Código de Familia y la Ley 1760 de abreviación procesal principalmente que permitan y otorguen mayor garantía a los derechos fundamentales como lo es la asistencia familiar real y oportuna a los menores que hoy en día sufren la carencia de la misma por normas caducas y hasta demasiadas burocráticas.

Por el contenido del presente trabajo se observa en el análisis de la realidad social de los menores y madres que luchan por una justicia en el marco de las disposiciones legales en cuanto a la asistencia familiar, en el cotidiano vivir de los ambientes de los juzgados de familia se ve esto y sobre todo con

normas y procedimientos que no se cumplen, o no cumplen en la real dimensión en que la realidad de los menores y madres que simplemente se resignan y esperan cansadas de los procesos largos tediosos que ya dejaron de cumplir su finalidad jurídica y social.

En países limítrofes como Chile y otros el tema de la asistencia familiar son tratados y regulados a nuestro juicio de mejor manera, es decir ya superaron dificultades como la que estamos pasando en los referido a leyes y normas procesales caducas, alejadas del contexto social en que hoy vivimos en el siglo XXI. En estos países se tomas medidas como la de levantar una lista de padres que no cumplen sus obligaciones con la asistencia familiar por medio de sistemas informáticos, que son de gran ayuda en los procesos correspondientes, o con actos procesales respaldados con leyes que cumplen o hacen que se cumplan de manera real oportuna con los beneficiarios especialmente los menores, y en este marco cuidan sus recursos humanos como estrategia de desarrollo nacional.

Por lo expuesto anteriormente, quedan plenamente logrados los Objetivos Generales y Específicos, como también la comprobación de la Hipótesis de la investigación. Por lo mismo existe, hoy, la imperiosa necesidad de una ley que modifique e incorpore la retroactividad en el código de familia en los artículos correspondientes y así como también en la Ley 1760, así garantizar y efectivizar de mejor manera la asistencia a los menores su desarrollo integral. Dicha Ley es la culminación y aporte de la presente Tesis.

RECOMENDACIONES.

1°. Se recomienda la incorporación de la retroactividad de la Asistencia Familiar en el Art. 24 (Caracteres de la asistencia), y Art. 22 (Cumplimiento de la obligación de la asistencia), Capítulo III, del Título Preliminar sobre el Régimen Jurídico de la Familia y la Asistencia Familiar del Código de Familia.

2°. Así mismo, se recomienda la modificación del proceso por audiencia para la Fijación de Asistencia Familiar, adecuándolo a la retroactividad de la Asistencia Familiar, por lo que en el Art. 61 (Demanda y Contestación) de la Ley Nro. 1760 de 28 de Febrero de 1997, se debe aumentar en el Numeral I, el párrafo que incluya la presunción de filiación, en merito a lo dispuesto por el Art. 65 de la Constitución Política del Estado.

3°. También, se recomienda, la inclusión de un artículo, en esta misma sección, que se refiera exclusivamente al procedimiento por Asistencia Familiar de carácter retroactivo.

4°. Además, deben socializarse adecuadamente éstos cambios y modificaciones a la Asistencia Familiar, incluso yendo la retroactividad de la misma, para que la población en general y los obligados en particular, tomen conciencia de la disciplina y responsabilidad que deben tener desde la fecha, para no incumplir la Asistencia Familiar y evitarse que el pago retroactivo se les acumule.

5°. También, se recomienda crear en la Ley, un monto mínimo de Asistencia Familiar, que sea equivalente al 30% del salario mínimo nacional por hijo y de 50% cuando se trate de 2 o más hijos, para los que se solicite la Asistencia, en

los casos en que se produzcan el abandono de familia o de mujer embarazada, a objeto del cómputo de la Asistencia Familiar devengada.

6°. En los demás casos, cuando exista acuerdo transaccional o compromiso privado o ante alguna oficina de conciliación Pública o Privada u otra instancia Municipal o de cualquier índole se recomienda respetar para el objeto del cómputo de la Asistencia Familiar devengada por retroactividad, la suma de asistencia acordada en dicho documento, transacción o compromiso.

7°. Finalmente, se recomienda mantener el reajuste automático la inaplicabilidad, y el apremio corporal por incumplimiento, señalados en la Ley de abreviación procesal civil y de asistencia familiar, Nro. 1960 de 28 de Febrero de 1997.

PROPUESTA NORMATIVA

“ANTEPROYECTO DE LEY, QUE IMPLEMENTA EN EL CÓDIGO DE FAMILIA LA RETROACTIVIDAD DE LA ASISTENCIA FAMILIAR, PARA PRESERVAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.”

INTRODUCCIÓN.

La comisión encargada del Anteproyecto de Ley, ha sido nombrada por el presidente de la Comisión de Constitución Justicia y Policía Judicial de la Honorable Cámara de Diputados, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, con el objeto de elaborar con el objeto de elaborar un Anteproyecto de Ley, que incorpore en el Código de Familia la Asistencia Familiar Retroactiva, con objeto de precautelar los Derechos de los menores que pueden acceder a este beneficio y crear en los progenitores, un sentido de responsabilidad y autocontrol, ya que actualmente, se ha detectado, por la opinión pública en general y por la comunicación social escrita oral y televisiva en particular, que existe en nuestro medio un alarmante incumplimiento a los deberes de Asistencia Familiar, por parte, especialmente de los padres obligados.

La normatividad actualmente existente resulta insuficiente para solucionar el magno problema de la Asistencia Familiar, ya que no contiene normas estrictas que obliguen a la Asistencia Familiar de manera ineludible, estableciendo el pago de las mismas de manera retrospectiva. Además que la Asistencia Familiar reviste gran relevancia social, ya que tiene carácter apremiante, pues no puede esperar y debe ser cubierta con la más estricta puntualidad, ya que comprende lo más esencial para la conservación de la vida que está referida a la alimentación, la habitación, el vestido, la educación, el pago de servicios públicos y atención médica y la recreación.

BASES DEL ANTEPROYECTO.

El presente anteproyecto se fundamenta en las bases legales siguientes: La Constitución Política del Estado en su capítulo tercero que trata sobre los Derechos Civiles y Políticos, en su sección V se refiere a los Derechos de la niñez adolescencia y juventud, señalando en su artículo 59 que todo niño niña y adolescente tiene derecho a su desarrollo integral. Además indica que tienen iguales derechos respecto a sus progenitores, indicando que la discriminación entre hijos por parte de los progenitores será sancionada por la Ley.

Así mismo en su numeral cuatro indica que toda niño niña y adolescente tiene derecho a la identidad y la filiación respecto a sus progenitores.

El Artículo 60 del mismo cuerpo legal establece que es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir la protección y socorro en cualquier circunstancia.

Por este motivo, el presente proyecto tiene como principal base estos principios señalados en nuestra Constitución.

El proyecto también se fundamenta en los principios del Código de Familia sobre la Asistencia Familiar, contenidos en su capítulo tercero y en todo lo que corresponde de la Ley de Abreviación Procesal y de Asistencia Familiar, en lo referente a las reformas al Código de Familia con relación al proceso por audiencia para la fijación de la asistencia familiar.

Además, se basa en los principios contenidos del Código del niño niña y adolescente.

Otro fundamento principal, está constituido por el respeto a la primacía que tiene la Constitución Política del Estado en relación a las demás Leyes.

Además, el proyecto tendrá en cuenta los principios contenidos en la Legislación Comparada, los Convenios Internacionales y Recomendaciones de las Naciones Unidas, sobre la materia.

Se tendrán en cuenta los principios contenidos en la doctrina y la Jurisprudencia sobre la importancia que tiene la Asistencia Familiar.

Finalmente, se basará en los principios fundamentales de “Respeto a los Derechos Humanos” y también a los “Derechos de la Personalidad” que se plasman principalmente en el “Derecho a la Asistencia Familiar”

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

Motivos de orden social

La comisión, ha efectuado un profundo análisis de la realidad nacional más reciente, que arroja como resultado, que nuestro país, en primer lugar, sufre una profunda crisis económica, que recae principalmente en los menores de edad, que son la mayoría de la población.

Por otra parte, los sondeos de opinión, realizados por la prensa oral, escrita y televisiva, coinciden en afirmar, que en nuestro país, se produce un lamentable abandono de la niñez y la juventud, por parte de sus progenitores, que especialmente no cumplen con las obligaciones de Asistencia Familiar, que repercute de manera muy negativa obligando a los menores a trabajar y

abandonar sus estudios, en el mejor de los casos, cuando no son llevados a la conducta desviada, antisocial o francamente delincencial.

Este problema, se ve agravado, por la generalizada irresponsabilidad de los padres, que no han formado el hábito de proveer para las necesidades de su familia y principalmente de sus hijos, de manera prioritaria, sino que por el contrario, se fomenta el incumplimiento de los deberes de asistencia, por el marcado machismo y por ese concepto erróneo de aprovecharse de los demás o dejar, nuestras obligaciones a nuestros padres, familiares a la esposa o al Estado, pero burlar la obligación, más si se trata de los deberes de Asistencia Familiar, fomentándose la irresponsabilidad, la indiferencia y hasta el cinismo.

Esto produce una lamentable inversión de valores pues el obligado, piensa que es vivo o suspicaz, si no cumple sus obligaciones de Asistencia Familiar o los deja a otros aplicando el refrán que a la letra dice: “El vivo vive del tonto y el tonto de su trabajo”.

Esta es la triste realidad social en nuestro medio que debe cambiar y revertirse.

Por eso es prioritario hacer cumplir la Asistencia Familiar, implementando normas más rigurosas, que verdaderamente intimiden a los obligados para que tengan temor eludir su obligación, que se lograría, con la pensión retroactiva, que justamente reúne estos requisitos y no de margen al incumplimiento por parte del obligado.

De Orden Ético, Moral y Filosófico.

La comisión también se ha inspirado en los principios éticos morales y filosóficos, de protección y conservación de la descendencia, ya que la moral y

las buenas costumbres destacan la responsabilidad de los padres para con los hijos en todos los aspectos de la vida.

Estos principios obligan a los progenitores a proveer para la manutención y sustento de sus hijos que es un principio que se ha mantenido ancestralmente en todas las latitudes siendo penado el incumplimiento de estas normas consideradas de Derecho Natural.

De Orden Político.

También es una obligación cívica y patriótica el mantener y educar a los hijos y rehuir esta obligación conlleva siempre la censura de todo orden político democrático.

NOMENCLATURA UTILIZADA.

Dentro de la nomenclatura utilizada para la elaboración del Proyecto de Ley, se han considerado los siguientes términos:

Asistencia Familiar.

Reconocimiento de hijos.

Retroactividad de la Asistencia Familiar.

Presunción de filiación.

Derecho a la identidad.

Sentido de responsabilidad y autodisciplina en el cumplimiento de la Asistencia Familiar.

OBJETIVOS DEL ANTEPROYECTO DE LEY

Los objetivos del Anteproyecto son los siguientes:

- Incluir reformas en el Código de Familia y la Ley de Abreviación de Procesal Civil y de Asistencia Familiar, con la finalidad de implementar la retroactividad de la Asistencia Familiar.
- Considerar el grado de influencia negativa en el desarrollo Nutricional, Educativo, Psicológico y Emocional de los menores que no recibieron una adecuada y oportuna de Asistencia Familiar.
- Sugerir alternativas efectivas para evitar el incumplimiento de las obligaciones de Asistencia Familiar, para que no lleguen de forma extemporánea para cubrir las necesidades reales de los beneficiarios.
- Resaltar la actual insuficiencia de las normas en materia de Asistencia Familiar que hacen que la madre y los menores de edad no reciban en forma oportuna la Asistencia Familiar.
- Tener en cuenta los preceptos de la Nueva Constitución Política del Estado sobre el derecho a la identidad y la Presunción de Filiación.

TEXTO DEL ANTEPROYECTO DE LEY

“ANTEPROYECTO DE LEY, QUE IMPLEMENTA EN EL CÓDIGO DE FAMILIA LA RETROACTIVIDAD DE LA ASISTENCIA FAMILIAR, PARA PRESERVAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.”

DECRETA:

Artículo 1. Se establece la incorporación de la Asistencia Familiar retroactiva en el Art. 24 (Caracteres de la Asistencia), que deberá expresar de la manera siguiente:

Art. 24 (CARACTERES DE LA ASISTENCIA FAMILIAR)

El derecho de asistencia en favor de los menores e incapaces es irrenunciable, intransferible **y retroactivo**. El obligado no puede oponer compensación por lo que le adeude el beneficiario.

Art. 22 (Cumplimiento de la obligación de Asistencia), capítulo III, del Título Preliminar sobre el Régimen Jurídico de la Familia y la Asistencia Familiar del Código de Familia.

La asistencia familiar se cumple en forma de pensión o de asignación pagadera por mensualidades vencidas, **y corre desde la fecha del reconocimiento expreso o filiación del menor hecho bajo la normativa del Art. 65 de la C.P.E. Presunción de filiación.**

Artículo 2. Se dispone la modificación del proceso por audiencia para la fijación de Asistencia Familiar, adecuándolo a la retroactividad de la asistencia familiar, por lo que en el Art. 61 (demanda y contestación) de la Ley N^o. 1760 de 28 de febrero de 1997, se debe aumentar el Numeral I, el párrafo que incluya la presunción de filiación, en merito a lo dispuesto por el Art. 65 de la Constitución Política del Estado. En esta misma sección, debe incluirse un artículo referente al procedimiento por Asistencia Familiar con carácter retroactivo. De la siguiente manera:

Art. 61. (DEMANDA Y CONTESTACIÓN)

- I. La demanda de fijación de asistencia familiar, fuera del caso de divorcio, se presentará ante el juez instructor de familia acreditando el título en cuya virtud se solicita e indicando la suma a la que la parte se creyere con derecho, **además de contemplar la retroactividad de la misma desde la fecha del documento de filiación respectiva del menor.**
- II. El demandante acompañará la prueba documental que obre en su poder y ofrecerá toda prueba de que intentare valerse y fuere pertinente a su derecho; **así mismo el demandante debe acompañar el documento de reconocimiento de paternidad (Certificado de Nacimiento del menor otorgado por la Oficialía del Registro Civil) bajo los preceptos del art. 65 de la C.P.E Presunción de filiación.**

Artículo 3. Se fija un monto mínimo de Asistencia Familiar para los casos de retroactividad, que sea equivalente al 30% del salario mínimo nacional por hijo y de 50% cuando se trate de dos o más hijos, para los casos en que los solicitantes hayan sufrido el abandono de familia o su progenitora haya sido abandonada encontrándose embarazada, a objeto del cómputo de la Asistencia Familiar devengada. En los casos en que exista acuerdo transaccional o

compromiso, se deberá respetar el mismo, para el objeto del cómputo de la Asistencia Familiar devengada.

Se mantienen el reajuste automático, la inaplicabilidad, y el apremio corporal por incumplimiento, señalados en la Ley de Abreviación Procesal Civil de Asistencia Familiar N° 1960 de 28 de febrero de 1997.

Artículo 4. Las presentes modificaciones referidas a la Asistencia Familiar retroactiva, deben ser socializadas adecuadamente, para que la población en general y los obligados en particular, tomen conciencia de la disciplina y responsabilidad que deben tener desde la fecha, para no incumplir la Asistencia Familiar y evitarse que el pago retroactivo se les acumule.

Remítase al Órgano Ejecutivo, para fines constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- 📁 BIELSA RAFAEL “Los conceptos jurídicos y su Terminología” Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1987
- 📁 BORDA GUILLERMO A. “Manual de Derecho de Familia” Edit. Pierrot, sexta Edición Buenos Aires, Argentina. 1989
- 📁 BOSSERT A. GUSTAVO “Manual de Derecho de Familia” Edit. Astrea, Buenos Aires- Argentina, 1998
- 📁 CABANELLAS GUILLERMO “Diccionario de Derecho usual” Edit. Heliasta S.R.L.Buenos Aires, Argentina. 1979
- 📁 CÁRDENAS, EDUARDO. JOSÉ “La Familia y el Sistema Judicial” Edit. EMECE. Buenos Aires – Argentina, 1979
- 📁 DECKER, MORALES, JOSÉ Código de Familia Edit. Los amigos del Libro La Paz, Bolivia 2000
- 📁 ENGELS, FEDERICO “El Origen de la Familia, de la Propiedad y del Estado” Edit. Luna S.A., Lima Perú
- 📁 ERNAZURIS. EGUIGUREN, MAXIMILIANO “Manual del Derecho Romano” Edit. Judicial, Santiago – Chile, 1991
- 📁 ESPINOZA, PAZ, FÉLIX C. “El Matrimonio Divorcio Asistencia Familiar Invalidez Matrimonial Procedimientos y modelos” Edit. Gráfica Gonzales 2001, La Paz, Bolivia 2da. Edición 2003.
- 📁 FANZOLATO “Alimentos y Reposición en la Separación y en el Divorcio” Edit. DEPALMA

- ✉ JIMÉNEZ, SANJINÉS, RAÚL “Teoría y práctica del Derecho de Familia” Edit. Popular cuarta edición. La Paz, Bolivia. 1993
- ✉ LA RAZÓN “Bolivia 186 años de Libertad” suplemento 6 de agosto, 2011
- ✉ LAFAILLE, “Origen de la Familia” Editorial Omeba, Buenos Aires Argentina 1998.
- ✉ LEY DE ABREVIACIÓN PROCESAL CIVIL Y DE ASISTENCIA FAMILIAR. Gaceta Oficial.
- ✉ MALAPARTE, LUCIO “Génesis y Origen del Derecho”, Ed. Aguilar Madrid España 1976.
- ✉ MÁRQUEZ, FRANCISCO “Frasas Célebres” Edimat Libros, España Madrid, 1999
- ✉ MORGAN, LEWIS “La Sociedad Primitiva” PRATT, FAIRCHILD HENRY, “Diccionario de Sociología, fondo de cultura económica”, México 1996
- ✉ OMEBA “Enciclopedia Jurídica” Tomo I – II Edit. ANALCO S.A. 1976
- ✉ OMEBA “Enciclopedia Jurídica” Tomo I – II Edit. ANALCO S.A. 1976 Edit. Luna S.A., Lima Perú
- ✉ PRATT, FAIRCHILD, HENRY “Diccionario de Sociología, fondo de cultura económica” México, 1996
- ✉ REPÚBLICA DE BOLIVIA Decreto N° 0011 de 19 de febrero de 2009 Mecanismos de Coordinación de órganos Públicos Gaceta Oficial.
- ✉ REPÚBLICA DE BOLIVIA Ley 3942 del 21 de Octubre de 2008 Nueva Constitución Política del Estado. Gaceta Oficial

- 📁 REPÚBLICA DE BOLIVIA Ley N° 3934 de 18 de septiembre de 2008 Gratuidad de las pruebas de ADN. Gaceta Oficial.
- 📁 REPÚBLICA DE BOLIVIA Ley No. 1760 de 28 de febrero 1997
- 📁 REPÚBLICA DE BOLIVIA Ley No. 2026 de 27 de Octubre de 1999 Código niño niña Adolescente Gaceta Oficial.
- 📁 REPÚBLICA DE BOLIVIA Ley No. 996 de 4 de abril de 1988 Código de Familia Gaceta Oficial
- 📁 SAMOS, OROZA, RAMIRO “Apuntes de Derecho de Familia.” Edit. Judicial Sucre, Bolivia 1995.
- 📁 SAMOS, OROZA, RAMIRO “Apuntes de Derecho de Familia” Edit. Judicial, Sucre – Bolivia, 1992
- 📁 SANLUMD, SAAVEDRA, HUGO “Matrimonio de Hecho”; Edit. Escuela Tipográfica Salesiana, La Paz, Bolivia, 1947
- 📁 VARGAS FLORES, ARTURO. Taller Teórico– Práctico de Elaboración de Perfil de tesis de Grado. 2008, La Paz, Bolivia
- 📁 VILLEGAS D. MARTHA “Familia, Niñez y Sucesiones” Edit. Judicial, 2da. Edic. Sucre, Bolivia, 2000
- 📁 ZANNONI, EDUARDO A. “El Concubinato”; Edit. Depalma, Buenos Aires – argentina. 1977