



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL**  
**SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0203/2018-S2**  
**Sucre, 22 de mayo de 2018**

**SALA SEGUNDA**

**Magistrado Relator: MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano**  
**Acción de libertad**

**Expediente: 22347-2018-45-AL**  
**Departamento: La Paz**

En revisión la Resolución 19/2017 de 21 de diciembre, cursante de fs. 59 a 61, pronunciada dentro de la **acción de libertad** interpuesta por **Juan Fernando Callisaya Nina** contra **Ramiro Ariel Blanco Fuentes, Juez** y **Giovanna Choque Mamani, Secretaria**, ambos del **Juzgado Público Mixto e Instrucción Penal Primero de El Alto del departamento de La Paz**; **Nelson Mora Valencia, Director del Centro Penitenciario San Pedro del mismo departamento**; **funcionario policial no identificado** y **Gladis Mamani Callisaya**.

**I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA**

**I.1. Contenido de la demanda**

Por memorial presentado el 20 de diciembre de 2017, cursante de fs. 6 a 8 vta., el accionante a través de su representante señaló:

**I.1.1. Hechos que motivan la acción**

Dentro del proceso de homologación de asistencia familiar seguido por Gladis Mamani Callisaya ante el Juzgado Público Sexto de Familia de El Alto del departamento de La Paz, el 30 de octubre del 2017, se libró mandamiento de apremio contra su persona, ejecutado por la demandante y un funcionario policial que no se identificó, el 1 de diciembre del mismo año.

Reclama que desde el 1 de diciembre de 2017, hasta la fecha se encuentra indebidamente privado de libertad; toda vez que, por Circular 05/2017-SP-TDJLP, emitida por el Tribunal Departamental de La Paz, se dejó en suspenso la ejecución de mandamientos de apremio de esta naturaleza dentro del 28 de noviembre de 2017 a 2 de enero de 2018; Circular que fue de conocimiento de Gladys Mamani

Callisaya, del funcionario policial que no se identificó y también del Director del Centro Penitenciario San Pedro que no se pronunció sobre el mismo, vulnerándose así su derecho constitucional a la libertad.

Añade que, el 15 de diciembre de ese año, presentó memorial ante el Juez de Familia de la causa, haciendo conocer lo acontecido el 1 de igual mes y año, solicitando se expida mandamiento de libertad por la indebida privación de su libertad ante la vigencia de la circular emitida por el Tribunal Departamental de Justicia de La Paz; disponiendo dicha autoridad mediante decreto de 18 del mes y año señalados: "en conocimiento de la parte adversa" (sic), decreto al que interpuso recurso de reposición el 19 de diciembre de igual año; empero, hasta la fecha se mantiene su privación de libertad.

### **I.1.2. Derecho supuestamente vulnerado**

Denuncia la lesión de su derecho a la libertad sin citar norma constitucional alguna que lo contenga.

### **I.1.3. Petitorio**

Solicita se conceda la tutela y se disponga su libertad, "para que se efectivice la circular 05/2017-S.P.-TDJLP" (sic).

## **I.2. Audiencia y Resolución de la Jueza de garantías**

La audiencia pública fue celebrada el 21 de diciembre de 2017, según consta el acta cursante de fs. 56 a 58, produciéndose los siguientes actuados:

### **I.2.1. Ratificación y ampliación de la acción**

La parte accionante, mediante sus abogados ratificaron el contenido de la acción tutelar presentada, añadiendo además los siguientes puntos: **a)** Si bien el mandamiento de aprehensión es legal, al haber sido emitido por la autoridad competente, ésta no debió haberse ejecutado, ante la puesta de vigencia de la Circular 05/2017-SP-TDJLP, que dispuso que a partir del 28 de diciembre del 2017 al 2 de enero de 2018, se dejó en suspenso la ejecución de todos los mandamientos de aprehensión de todos los juzgados; **b)** A pesar de la vigencia de dicha circular, lo detuvieron y condujeron al Centro Penitenciario San Pedro; motivo por el cual, mediante memorial de 15 de diciembre de 2017, acudió al Juez de turno, haciéndole conocer lo acontecido el 1 de ese mes y año, pronunciando al efecto dicha autoridad el decreto de 18 del mes y año citados, disponiendo poner en "conocimiento a la parte adversa", cuando debió acatar la indicada Circular; y, **c)** Ante los actuados llevados a cabo que culminaron en su detención, se encuentra indebidamente detenido, vulnerándose "sus derechos y garantías constitucionales reconocidos incluso en Pactos y Tratados Internacionales" (sic), por la que solicitó se disponga su inmediata libertad.

### **I.2.2. Informe de las autoridades demandadas**

Ramiro Ariel Julio Blanco Fuentes, Juez Público Mixto e Instrucción Penal Primero de El Alto del departamento de La Paz, mediante informe de 21 de diciembre de 2017, cursante a fs. 42 y vta., señaló que: **1)** El mandamiento de apremio librado en contra de Juan Fernando Callisaya Nina, no fue expedido durante la vacación judicial anual, sino el 30 de octubre de 2017, habiéndose cumplido antes de su expedición con todos los actuados procesales correspondientes; **2)** La Convención Niña, Niño y Adolescente, la Constitución Política del Estado en su art. 60 y ss. y el Código de las Familias y del Proceso Familiar en su art. 109.I, precautelan de manera preferente el interés superior de un menor, "debiendo como operadores de justicia velar estrictamente el cumplimiento de este" (sic); **3)** En relación al mandamiento de libertad en favor del hoy accionante, la misma no corresponde conforme a procedimiento, entretanto no se escuche a la parte demandante dentro del proceso de asistencia familiar, en función de precautelar el interés de los menores de edad y la asistencia familiar que les corresponde; **4)** La pretensión del impetrante de tutela, debería ser analizada conforme a la línea jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional en las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0134/2015-S3 de 10 de febrero y 0206/2017-S3 de 21 de marzo.

Nelson Mora Valencia, Director del Centro Penitenciario San Pedro, en audiencia manifestó que: **i)** El 1 de diciembre a horas 11:00 aproximadamente, se condujo a Juan Fernando Callisaya Nina al Centro Penitenciario San Pedro en ejecución a un mandamiento de apremio establecido por autoridad competente; **ii)** Por nota dirigida por Mery Tarquino Limachi, Juez Público de Familia Sexto de El Alto del departamento de La Paz, le fue ordenado que desde el 5 al 31 de diciembre del 2017 no se ejecuten mandamientos de aprehensión; **iii)** En relación a la Circular 05/2017-SP-TDJLP, la misma no fue notificada al Comando Nacional o Departamental o Unidades Policiales; motivo por el que, los funcionarios policiales en ejercicio de sus funciones y en cumplimiento de una orden emanada por la autoridad competente, ejecutaron los mandamientos dados a conocer; y, **iv)** Ante las pruebas adjuntadas y las notas de atención mencionadas, solicitó que se disponga conforme a ley, observando que en todo momento el accionar policial se limitó al cumplimiento de disposiciones legalmente emitidas.

Gladys Mamani Callisaya, manifestó en audiencia pública, que la ejecución del mandamiento de aprehensión, fue un acto de desesperación ante la situación en que se encuentra, al no poder trabajar, necesita velar el derecho de sus tres hijas menores de edad, puesto que buscando que el padre de ellas cumpla con la asistencia familiar. Alega y prueba que el padre de sus hijas ahora accionante, habría escapado a la República Federativa de Brasil para no dar asistencia familiar, dejándolas por tres años, y, luego, por dos años y seis meses a la República de Argentina.

### **I.2.3. Resolución**

La Jueza de Sentencia Penal Segunda de El Alto del departamento de La Paz, constituida en Jueza de garantías, mediante la Resolución 19/2017 de 21 de diciembre, cursante de fs. 59 a 61, **denegó** la tutela solicitada, debiendo comparecer ante la autoridad jurisdiccional competente y someterse a procedimiento de acuerdo a las "emergencias" del proceso familiar, bajo los siguientes fundamentos: **a)** La detención habría sido ilegal, en virtud de la Circular 05/2017-SP-TDJLP emitida por el Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, puesto que en concordancia a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su art. 29, ninguna disposición de la misma puede ser interpretada para limitar el ejercicio y goce de los derechos, entre los que está la libertad; a la vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su art. 5.2, establece criterios favorables y progresivos de la interpretación legal de derechos, preceptos que en nuestro ordenamiento interno, se encuentran insertos bajo el principio pro homine y de progresividad, en los arts. 12.4 y 256 de la CPE, entendiéndose la adopción de una interpretación más favorable a los DDHH en cuanto a la privación de libertad; **b)** En atención a la SCP 0314/2015-S3 de 27 de marzo, que en cumplimiento efectivo del art. 436 del Código de Familia abrogado (CFabrg), establece que la obligación de asistencia se cumple bajo el apremio con allanamiento de domicilio de la parte obligada, ante la obligatoriedad del oportuno suministro de asistencia familiar que obedece a la naturaleza humana y social del instituto, dando preeminencia de interés social y familiar por sobre interés individual; a la vez, la petición de cese de la asistencia familiar no irrumpe la percepción de la misma ya fijada, que de ser aceptada regirá desde la fecha de la correspondiente resolución; **c)** A través de las SCP 0134/2015-S3 y la SCP 0206/2017-S3, se rescata que el art. 436 del CFabrg, la obligatoriedad de la asistencia dispuesta, que se cumple bajo apremio con allanamiento a efectos de oportuno suministro, que no puede diferirse con recurso o procedimiento alguno bajo la responsabilidad del juez o fiscal; **d)** Dentro del marco legal y jurisprudencial preestablecidos, la circular que prohíbe la ejecución de mandamiento de apremio en materia de asistencia familiar durante la vacación judicial colectiva, contradice la regulación prescrita por el art. 436 del CFabrg y todo el desarrollo jurisprudencial que dispone la no interrupción del oportuno suministro de asistencia familiar, ante el interés social que la misma reviste; la circular que se emite con el fin de concretar la revisión del art. 126.II de la Ley del Órgano Judicial (LOJ), que refiere que el Tribunal Supremo y los Tribunales Departamentales de Justicia deben programar sus vacaciones, deben garantizar la continuidad del servicio judicial en todas las materias; y, **e)** La circular 05/2017-SP-TDJLP, emitida por el Tribunal Departamental de Justicia de La Paz no puede suspender la materialización del beneficio de asistencia familiar, ante la preeminencia del interés social y familiar por sobre el interés individual del ahora accionante, que pretende diferir el oportuno suministro de dicho beneficio amparado en una circular.

## II. CONCLUSIONES

De la revisión y compulsas de los antecedentes cursantes en el expediente, se establece lo siguiente:

- II.1** Memorial de solicitud de aprobación de liquidación de asistencia familiar dentro del proceso de homologación de asistencia familiar propiamente dicho, realizada por Gladys Mamani Callisaya, ante la Jueza Pública de Familia Sexta de El Alto del departamento de La Paz de 26 de septiembre de 2017 (fs. 16); le correspondió providencia de 28 de septiembre de igual año, disponiendo que ante el incumplimiento de la liquidación presentada y notificada al demandado (Juan Fernando Callisaya Nina) "...bajo alternativa en caso de incumplimiento expedirse mandamiento de apremio en su contra..." (sic) (fs. 17).
- II.2.** Consta solicitud de mandamiento de apremio con habilitación de días y horas extraordinarias, con facultades allanamiento y rotura de candados o chapas de puerta, ante la Jueza Pública de Familia Sexta de El Alto del departamento de La Paz, ingresado el 12 de octubre de 2017 (fs. 19); con decreto correspondiente en la misma fecha, que dictó: "(...) se encomienda la ejecución del presente mandamiento a la Srta. Oficial de Diligencias del juzgado y/o del funcionario policial (...) apremiado que fuera el demandando sea conducido ante el Penal de San Pedro de la ciudad de La Paz (...)" (fs. 20).
- II.3.** Cursa mandamiento de apremio, librado el 30 de octubre de 2017, dictado por Mery Tarquino Limachi, la Jueza Pública de Familia Sexta de El Alto del departamento de La Paz contra Juan Fernando Callisaya Nina, para que sea conducido al Centro Penitenciario San Pedro, hasta tanto no cancele la suma de Bs44 550.- (cuarenta y cuatro mil quinientos cincuenta bolivianos), por concepto de asistencia familiar (fs. 2).
- II.4.** Se observa Circular 05/2017-SP-TDJLP, emitida por el Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que dispuso fijar la vacación judicial anual a partir de 5 al 29 de diciembre del 2017, que en su numeral 3 expone que "a partir del 28 de noviembre del 2017 al 2 de enero del 2018, queda en suspenso la ejecución de todos los mandamientos expedidos por los juzgados de las áreas Social, Civil, Familiar de la Niñez y Adolescencia y de la estructura Penal, excepto los de condena y los declarados rebeldes" (sic) (fs. 3).
- II.5.** Memorial de solicitud de mandamiento de libertad, ante el Juez Público de la Niñez y Adolescencia Primero de El Alto del departamento de La Paz, ingresado el 15 de diciembre del 2017, por Juan Fernando Callisaya Nina (fs. 4 y vta.), y su correspondiente decreto para el conocimiento de la parte adversa, de 18 de diciembre de 2017 (fs.5).
- II.6.** Recurso de reposición interpuesto por el hoy accionante, contra decreto de 18 de diciembre de 2017, donde la autoridad judicial del proceso familiar dispuso "en conocimiento de la parte" ante solicitud de mandamiento de libertad realizado por su persona (fs. 27 a 28); con

decreto correspondiente de 20 de diciembre del mismo año, donde se deniega reposición, ante el argumento del deber prioritario del Estado y sus niveles de garantizar el interés superior de la niña, niño y adolescente, ante la preeminencia de sus derechos (fs.29).

- II.7.** Nota de 4 de diciembre de 2017, de la Jueza Pública de Familia Sexta de El Alto del departamento de La Paz, de solicitud de no ejecución de mandamiento de apremio del 5 al 31 de diciembre del mismo año, en cumplimiento a la Circular 05/2017-SP-TDJLP, al Director del Centro Penitenciario San Pedro (fs.32).
- II.8.** Mediante nota con CITE 3421/2017 de 7 de diciembre, el Director del Centro Penitenciario San Pedro, solicitó al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia, se les notifique legalmente con la Circular 05/2017-SP-TDJLP (fs. 33 a 34). En correspondencia al tenor expuesto, mediante nota con CITE 3462/2017 de 11 de diciembre, de igual manera solicitó a la Directora Departamental de Régimen Penitenciario de La Paz, se oficie al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, para la notificación formal con la circular citada (fs. 35 a 36).

### **III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO**

El accionante expone que se lesionó su derecho a la libertad, ante el incumplimiento de la Circular 05/2017-SP-TDJLP, emitida por el Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, que dejó en suspenso la ejecución de mandamientos de aprehensión del 28 de noviembre del 2017 al 2 de enero del 2018, y que a pesar de la misma, se ejecutó en su contra el 1 de diciembre, el mandamiento de aprehensión derivado de un proceso de asistencia familiar en el que fue demandado, cometiendo de esa manera una detención arbitraria e indebida de su persona.

En consecuencia, corresponde en revisión, verificar si tales extremos son evidentes a fin de conceder o denegar la tutela solicitada.

#### **III.1. Sobre la protección especial y superior de las niñas y niños**

La Constitución Política del Estado, reconoce en un apartado especial, los derechos de la Niñez, Adolescencia y Juventud, -Capítulo Quinto, Sección Quinta-, a saber: "**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 privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.**

**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 constituyen por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.**

**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”**(las negrillas son nuestras).

Sobre el particular, se debe considerar las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativas a la protección especial y superior del menor, conforme al bloque de constitucionalidad (art. 410 de la CPE), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por Ley 1430 de 22 de febrero de 1993 por el Estado Boliviano), otorgó competencia a la Corte para aplicar e interpretar la Convención (art. 62), y producir decisiones con autoridad al respecto (art. 67), determinando la aceptación por parte del Estado del carácter vinculante de los precedentes, conforme al art. 68.I de la CADH, que textualmente establece: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes”, razonamiento contenido en la SC 0011/2010-R de 10 de mayo.

En razón a lo expuesto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto a través de la Comisión y la Corte Interamericanos de Derechos Humanos han desarrollado ampliamente normas fundamentales vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes y resoluciones para su protección, actos que han tenido en el artículo 19 de la CADH, su centro de irradiación:

**“Artículo 19.** Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Dicho artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos junto a la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ratificada por Bolivia el 26 de junio de 1990, ha permitido especializar la protección de este grupo vulnerable de la sociedad, no limitándose a dicho precepto normativo, sino que para fines de interpretación del mismo, las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño contribuyen a

la comprensión del enfoque y naturaleza jurídica del mismo.

Sobre el particular, en una solicitud de opinión consultiva promovida por la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen "límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estado" en relación a los niños, se solicitó la formulación de criterios sobre dicha materia en el marco de la Convención citada. Ante la misma, se emite la **Opinión Consultiva OC-017/02 de 28 de agosto de 2002 Serie A No. 17** al respecto a la "**Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño**", que disgrega la naturaleza contenida del artículo 19 de la CADH. La opinión consultiva en las partes que nos conciernen resaltar a la presente problemática, establece que:

Párrafo 54: "*Tal como se señalará en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que **los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos -menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.***" (Las negrillas son nuestras).

En el párrafo 56, consideró que: "*Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en **la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades** así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño*" (las negrillas son nuestras).

En el subsiguiente párrafo 60, precisó que: "*En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, **la prevalencia del interés superior del niño**, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales..."*" (las negrillas son nuestras).

En el párrafo 61: "*Es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño*".

Al respecto, la opinión consultiva hace énfasis sobre "principio del interés superior del niño", con relación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por nuestro país), que establece dentro de su **artículo 3 numeral 1: "En todas las medidas concernientes a los niños para que tomen las instituciones públicas o privadas sobre el bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se dará una consideración primordial al interés superior del niño"**. A partir de lo

expuesto, el Comité de los Derechos del Niño propuso el **"principio del interés superior del niño"**, y le concedió el valor de principio general orientador de la interpretación y aplicación de todas las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>1</sup>.

Respecto al principio antes señalado, la Corte lo reitera como regulador de la normativa, relacionado con los derechos del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, y a la vez, en las características propias de los niños, como en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos. En el mismo sentido, conviene observar para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece la necesidad de "cuidados especiales", y el art. 19 de la CADH señala que debe recibir "medidas especiales de protección"<sup>2</sup>, a la vez, dicho principio puede ser considerado como una herramienta hermenéutica para resolver conflictos entre derechos.

Por consiguiente, en relación al "interés superior del niño", puede ser definido como un mandato del Estado para privilegiar derechos de los niños frente a situaciones conflictivas que en las que se deban restringir o limitar derechos individuales o colectivos.

La opinión consultiva citada, concluye en sus dos primeros puntos estableciendo que:

1. *"Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.*
2. *Que la expresión "interés superior del niño", consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".*

Por tanto, el Estado asume un rol protagónico en el bienestar de niños, niñas y adolescentes, a cuyo fin, dentro de la normativa infra constitucional relacionada a los derechos e interés superior de los menores de edad, el Código de las Familias y del Proceso Familiar como el Código

---

<sup>1</sup> (Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 párrafo 12, Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 1 y Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 59 y 65).

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 49. Ver también Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56 y 60; Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 108; Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246. párr. 126.

Niña, Niño y Adolescente. En el primero, encontramos los siguientes artículos relacionados:

Art. 6 inc. i): "**Interés Superior de la Niña, Niño y Adolescente. El Estado, las familias y la sociedad garantizarán 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 de atención de los servicios públicos y privados. Los derechos de niñas, niños y adolescentes prevalecerán frente a cualquier otro interés que les puede afectar**" (Las negrillas son nuestras).

El art. 32, sobre los derechos de hijas e hijos, indica: "*Sin perjuicio de los derechos humanos, las y los hijos tienen derechos a: c) Su desarrollo integral con salud, educación, vivienda, vestimenta y recreación*".

Asimismo, el art. 41.II inc. c), dicta: "*Cuidar y garantizar el desarrollo integral de sus hijas e hijos*".

Por su parte, el Código de Niño, Niña y Adolescente, en su art. 12 inc. a), dicta: "*Interés Superior. Por el cual se entiende toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en una situación concreta, se debe apreciar su opinión y de la madre, padre o ambos padres, guardadora o guardador, tutora o tutor; la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes; su condición específica como persona en desarrollo; la necesidad de equilibrio entre sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas;*" más adelante dentro del mismo artículo, en el inc. j), expresa: "**Ejercicio Progresivo de Derechos.** *Por el cual se garantiza a las niñas, niños y adolescentes, el ejercicio personal de sus derechos, de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva. De la misma forma se le exigirá el cumplimiento de sus deberes;*" dentro de las normas jurídicas infraconstitucionales, las citadas son las que observan no sólo los derechos en general de los mismos, sino la interpretación cuando se encuentren derechos contrapuestos, uno de estos sean de menores de edad.

Al respecto, la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional Plurinacional ha establecido a través de la SCP 0284/2014 de 12 de febrero, los alcances de los derechos de la niñez reconocidos en la Constitución Política del Estado (la misma que no varió o difirió), expresando que: "**La Constitución Política del Estado, dedica toda una sección (arts. 58 a 61) al reconocimiento de los derechos de la niñez, adolescencia y juventud, lo que demuestra una tendencia más proteccionista a este grupo vulnerable, estableciendo derechos que son necesarios para su desarrollo físico y psicológico y la**

**satisfacción de sus necesidades básicas** entre otros. Este reconocimiento al interés superior de los menores de edad implica otorgar a este grupo de personas la calidad de titulares de derechos o portador de derechos y a la vez la preferencia para hacer valer sus derechos ('es deber del Estado (...) garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente...'), además que se otorga medios para garantizar el cumplimiento de estos derechos los cuales se pueden colegir deben ser reforzados por su calidad de minoridad y de este modo poder hacer valer sus derechos de manera efectiva y con prioridad a los demás sujetos de derechos.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, indicó que **el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, que guía todas las medidas concernientes a los niños y el art. 60 de la CPE, determina 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...'**.

(...)

Con relación al acceso a la justicia que se encuentra reconocido para todos los estantes del Estado Plurinacional de Bolivia (art. 115 de la CPE), la jurisprudencia de este Tribunal sobre la preferencia que se debe considerar cuando se trata de menores de edad, se señaló que: **'...los jueces y tribunales respecto a sus derechos e intereses legítimos de las personas, debe ser oportuna y efectiva; de ahí, que es indispensable, la necesidad de orientar la labor del juzgador mediante principios que posibiliten la protección del derecho de manera efectiva, sin que las exigencias formales impidan su protección oportuna y efectiva; toda vez que, no debe de olvidarse que la potestad de impartir justicia se sustenta en precautelar el respeto y la vigencia de derechos y garantías constitucionales'** (SCP 1867/2012 de 12 de octubre). Por cuanto se puede colegir que, cuando los derechos de un menor de edad se encuentran de por medio, **el Estado o cualquiera de los órganos que la componen deben actuar con absoluta prioridad** llegando a omitir las formalidades que por su cumplimiento se puede llegar a ocasionar una lesión a sus derechos" (las negrillas son nuestras).

Por su parte, la doctrina nos ayuda a definir la importancia de aplicación del principio superior del menor de edad, Valentín Thury expone que: **"La clave de bóveda de interpretación del principio parece estar, en este sentido, en la consideración del niño como un verdadero sujeto de derechos. Si ello no fuera así, el interés superior podría interpretarse como una remisión a una directiva extra-jurídica que guiará la decisión a tomar por las personas de las que ellos dependen –padres o instituciones públicas–. En cambio, consagrado un catálogo de derechos en**

***cabeza del menor es a él al que tal principio debe remitir. El rol de los adultos se mantiene en tanto el niño carece de plena autonomía, pero su ámbito de decisión está limitado por el carácter que el menor asume como sujeto moral y los derechos en su cabeza reconocidos***<sup>3</sup>. Bajo la misma lógica, Miguel Cillero afirma, en este sentido, que "***el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos*** (...). Por lo tanto, ***el principio no es una directiva vacía, extra-jurídica, sino que refiere a una interpretación sistemática de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ayuda a resolver los eventuales conflictos entre derechos así como brinda una directiva concreta a las autoridades para la formulación de políticas públicas***"<sup>4</sup> (las negrillas son nuestras).

Para asegurar los derechos fundamentales de los niños, ante la situación especial en que se encuentran para el ejercicio de sus derechos, el derecho internacional determina que el Estado su principal garante, lo que implica la adopción de principios como el del "interés superior del niño", que manera que ante las contraposición de derechos, estos deben prevalecer, debido a la situación de vulnerabilidad de los mismos.

### **III.2. Respeto a la asistencia familiar**

La asistencia familiar es un derecho que se encuentra directamente relacionado con el derecho a la vida, al recaer en todo aquello que es indispensable para la subsistencia. En la historia de la humanidad, ha ido evolucionando progresivamente en respuesta a las necesidades que reviste cada momento histórico, convirtiéndose en una institución jurídica importante dentro del derecho de familia, y por ende en el derecho constitucional. Dentro del derecho romano (principal vertiente e influencia de nuestra legislación), se reconocía que ante el hecho de celebrarse el matrimonio y prestarse el juramento en presencia de los dioses de la familia llevaba ínsita, entre otras, la obligación recíproca de prestarse alimentos, que formaba parte de una de mayor espectro como era la asistencia recíproca. En la Edad Media, Bartolo de Sassoferrato, sostuvo que los gastos de la última enfermedad debían ser soportados por el marido en concurrencia con los herederos de la esposa<sup>5</sup>.

Más adelante, en la jurisprudencia italiana del siglo XIX, el Senado del Piamonte en su Sentencia del 15 de febrero de 1840 dispuso que corresponde al marido mantener a su mujer ya esté sana o enferma, siendo a cargo de aquél los gastos de la última enfermedad, excepto si dichos gastos fueran exorbitantes, en este caso debe concurrir a

<sup>3</sup> THURY CORNEJO, Valentín: "El nombre del niño: El interés superior del menor en la construcción del rol de la Corte Suprema", Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015, pp. 176. (<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsx869>).

<sup>4</sup> Miguel Cillero Bruño: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño" en Emilio García Méndez & MaryBeloff (comps.): *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Colombia: Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998, pp. 72 ss.

<sup>5</sup> Bartolus Saxoferrato, *In primam codicis parten*, Venecia, 1635.

sufragarlos los herederos de la mujer<sup>6</sup>. En la Edad Contemporánea, la concepción de alrededor de la asistencia familiar, se desarrolla en relación al rol del Estado como benefactor con respecto a personas que no tenían los medios de subsistencia o habitación o asistencia médica. En el desarrollo de la democracia moderna van surgiendo las leyes relativas a la protección de los sectores más vulnerables, entre ellos los niños.

Dentro de nuestra legislación interna tiene un apartado especial dentro del Código de las Familias y del Proceso Familiar, el Título VII reconoce lo siguiente: "**ARTÍCULO 109. (CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR). I. La asistencia familiar es un derecho y una obligación de las familias y comprende los recursos que garantizan lo indispensable para la alimentación, salud, educación, vivienda, recreación y vestimenta; surge ante la necesidad manifiesta de los miembros de las familias y el incumplimiento de quien debe otorgarla conforme a sus posibilidades y es exigible judicialmente cuando no se la presta voluntariamente; se priorizará el interés superior de niñas, niños y adolescentes.**

(...)

**ARTÍCULO 110. (IRRENUNCIABILIDAD EN CASOS ESPECIALES). El derecho de asistencia familiar a favor de los menores de edad y personas en situación con discapacidad es irrenunciable e intransferible. La persona obligada no puede oponer compensación por lo que le adeude la beneficiaria o el beneficiario.**

(...)

**ARTÍCULO 120. (CARACTERES DE LA ASISTENCIA). El derecho de asistencia familiar es irrenunciable, intransferible e inembargable, salvo disposición legal en contrario. La persona obligada no puede oponer compensación por lo que adeude a la beneficiaria o el beneficiario.**" (Las negrillas son nuestras).

Sobre la regulación normativa antes expuesta, vinculada a la asistencia familiar y dentro de la doctrina, este instituto jurídico es conocido de manera más específica como pensión alimenticia, obligación alimentaria o derecho alimentario, a diferencia de asistencia familiar que semánticamente tiene un alcance más general en nuestra legislación, así los tratadistas Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, en su libro "Manual de derecho de familia", al respecto del derecho alimentario señalan: "*El derecho a percibir alimentos –y la correlativa obligación de prestarlos- deriva de una relación alimentaria legal, de contenido*

---

<sup>6</sup> Diario Forense, XXXV, 1840, 355, citado en LOPEZ DEL CARRIL, Julio J.: "Derecho y Obligación alimentaria", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 29.

*patrimonial, pero cuyo fin es esencialmente extrapatrimonial: la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida, para la subsistencia de quien los requiere. De ahí que, si bien el objeto del crédito alimentario es patrimonial –dinero o especie-, la relación jurídica que determina ese crédito atiende a la preservación de la persona del alimentado, y no es de índole económica (en la medida en que no satisface un interés de naturaleza patrimonial).<sup>7</sup>* El juriconsulto argentino, Julio J. López del Carril, reflexionaba al respecto del derecho y la obligación alimentaria, expresando que: *"Es una obligación natural de contenido moral derivada "status familiar", comunidad espiritual y material integrante del deber de asistencia que es de la naturaleza y esencia del vínculo familiar o de parentesco que fundamenta la familia, y obedece a la necesidad de la conservación del individuo y al mantenimiento o robustecimiento de la familia."<sup>8</sup>*

La importancia de la asistencia familiar en consecuencia recae no sólo en su naturaleza de protección integral de la familia donde reside dicha prestación, sino del interés social que reviste a la misma, al ser una prestación que cubre las necesidades básicas de los beneficiarios.

### **III.3. El mandamiento de apremio en asistencia familiar y su ejecución en vacaciones judiciales colectivas**

En alusión al mandamiento de apremio en asistencia familiar, el art. 117 de la Código de las Familias y del Proceso Familiar (CF) desarrolla la obligatoriedad y condiciones de su configuración; y establece el cumplimiento de esta obligación, señalando: **"I. El pago de la asistencia familiar es exigible por mensualidades vencidas y corre desde la citación con la demanda. II. La asistencia familiar podrá ser entregada a la o el beneficiario de forma directa o depositada en una cuenta del sistema financiero, en función del acuerdo de las partes. III. En caso de incumplimiento, el depósito de la asistencia familiar se podrá realizar a petición de parte o con orden de la autoridad judicial en la cuenta de la entidad financiera a nombre de la o el beneficiario. Las cuentas personales de menores de edad se sujetan a las reglas de representación legal. IV. Con el fin garantizar el cumplimiento de la asistencia familiar, se reconoce el uso de las tecnologías de información y comunicación que proporcionen las entidades financieras para la realización del depósito a cargo del obligado y retiro del mismo por la o el beneficiario."** (Las negrillas son nuestras). En relación al apremio corporal en asistencia familiar e hipoteca legal, el art. 127 del Código citado, establece: **"I. La obligación de asistencia familiar es de interés social. Su oportuno suministro no puede diferirse por recurso o procedimiento alguno, bajo responsabilidad de la autoridad**

<sup>7</sup> BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI., Eduardo A.: *"Manual de derecho de familia"*; 6ta. Edición, 2da. Impresión, Editorial ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA, Ciudad de Buenos Aires, 2007, pp. 47.

<sup>8</sup> LOPEZ DEL CARRIL, Julio J.: *"Derecho y obligación alimentaria"*, Buenos Aires, 1981, Ed. Abeledo-Perrot, pp. 41.

**judicial. II. Cuando la o el obligado haya incumplido el pago de la asistencia familiar, a petición de parte, la autoridad judicial ordenará el apremio corporal hasta seis (6) meses, y en su caso podrá ordenar el allanamiento del domicilio en el que se encuentre la o el obligado. Para el cumplimiento del apremio corporal se podrá solicitar el arraigo de la o el obligado”** (las negrillas son nuestras). Es decir, la asistencia familiar corre desde la notificación de la demanda, la misma que no podrá retardarse por ningún mecanismo intraprocesal, al revestir carácter de interés social, susceptible de apremio corporal ante el incumplimiento de pago.

En relación a la ejecución de la asistencia familiar, el Código de las Familias y del Proceso Familiar en su art. 415.I.II y III, señala que: **"I. La parte beneficiaria presentará la liquidación de pago de la asistencia devengada que será puesta a conocimiento de la otra parte, quien podrá observar en el plazo de tres (3) días. II. Vencido el plazo, de oficio o a instancia de parte, la autoridad judicial aprobará la liquidación de la asistencia familiar, intimando al pago dentro del tercer día. III. La autoridad judicial, a instancia de parte o de oficio y sin otra substanciación, dispondrá el embargo y la venta de los bienes de la o el obligado en la medida necesaria para cubrir el importe de las pensiones devengadas, todo sin perjuicio de emitir el mandamiento de apremio respectivo con facultades de allanamiento y de ser necesario con rotura de candados o chapas de puertas. La vigencia del mandamiento es indefinida y podrá ejecutarse por cualquier autoridad"** (las negrillas son añadidas).

En concordancia con lo citado, la jurisprudencia constitucional a través de la SC 0739/2006-R de 27 de julio (en relación con la normativa supra citada) estableció que: **"...a) en materia familiar, excepcionalmente puede disponerse la restricción a la libertad física, a través de un mandamiento de apremio en los casos en los que una persona incumpla con los deberes de asistencia familiar, luego de que sea intimado por escrito y no haga efectivo el pago de la asistencia familiar en el plazo de ley..."**, más adelante la SC 2199/2010-R de 19 de noviembre (que cita a la SC 0436/2003-R de 7 de abril), que estableció que: **"...la obligación de cumplir con la asistencia familiar es inexcusable bajo prevención de expedirse mandamiento de apremio, esto porque está vinculada a derechos fundamentales cuyos titulares son menores de edad (...). Bajo este entendimiento, la tutela no puede ser otorgada para esquivar dicha obligación"** (el resaltado).

Consiguientemente, la liquidación de asistencia familiar devengada que hubiere presentado la parte beneficiaria, debe ser puesta a conocimiento de la parte obligada a través de su notificación personal o cédula en el domicilio señalado por las partes, observando todas las formalidades previstas por ley, para cumplir con la finalidad de la notificación, como es el de asegurar la determinación judicial objeto para que sea efectivamente

conocida por el destinatario, que no provoque su indefensión, tanto en la tramitación y resolución del proceso; el demandado podrá observarla dentro del plazo de tres días; vencido el plazo, de oficio o a petición de parte, el juez de la causa aprobará la liquidación, intimando al pago dentro del tercer día; con esa determinación debe notificarse al obligado, y en caso de incumplimiento de pago dentro del plazo de tres días de la intimatoria, la autoridad judicial, también de oficio o a petición de parte, ordenará el embargo y venta de los bienes del obligado para cubrir el importe de las pensiones liquidadas, y podrá expedir mandamiento de apremio.

Respecto a la notificación con la liquidación de asistencia familiar, el art. 442 del Código citado, señala: "La notificación con la liquidación de pagos devengados de asistencia familiar dentro del proceso extraordinario, se practicará en domicilio procesal fuera de estrados y en caso de no haber sido fijado, se lo practicará en secretaría del juzgado".

La notificación previa con la liquidación de la asistencia familiar, no tiene carácter potestativo, dado que a través de esa comunicación se posibilita que la parte obligada ejerza su derecho a la defensa, previsto en el art. 115 de la Constitución Política del Estado (CPE), ya sea formulando observaciones a la liquidación o presentando pruebas respecto de eventuales pagos directos.

Es importante señalar, que respecto las vacaciones judiciales, conforme a lo establecido en la Ley 810 de 13 de junio de 2016 (Ley de Modificación del artículo 126 de la Ley N° 025), el parágrafo V expresa: "*En tanto dure la vacación permanecerán en funciones uno o más juzgados públicos en las materias que fueren necesarias, para la atención de las causas propias, nuevas y las remitidas por otros juzgados*". Al respecto, las circulares de los Tribunales Departamentales de Justicia que disponen el periodo de las vacaciones judiciales, deben observar que los mandamientos de ejecución de apremio emitidos por incumplimiento de asistencia familiar, al ser una medida coercitiva que tiene como fin la previsión de los recursos necesarios para la subsistencia del menor de edad, no pueden quedar suspendidos ante la vigencia de las vacaciones colectivas, es decir, deben incluirse dentro de las excepciones que tienen en dicha temporada tanto los mandamientos de ejecución de pena, como las declaratorias de rebeldía; razón por la que, también corresponde prever el funcionamiento de uno o más juzgados para la atención de causas familiares durante el periodo de vacaciones judiciales, que atiendan la ejecución de mandamientos de apremio, para evitar posibles violaciones de derechos que podrían presentarse en su ejecución.

#### **III.4. De la ponderación de los derechos fundamentales**

Es evidente que la ponderación, suele vincularse a una concepción principalista del Derecho, es decir, concibe a este no sólo basado en normas y reglas, sino también en principios, subrayando el papel que desempeña la razón, siendo un método para la interpretación de la Constitución y de los derechos, sobretodo de interpretación de principios, a diferencia de otras técnicas que dan una priorización o jerarquía de un derecho frente a otro, la ponderación busca un criterio de optimización y desplegar la máxima eficacia de los principios contrapuestos o en tensión.

La ponderación tiene como principal fin, tratar de dar solución al problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas<sup>9</sup>, al considerarse que ya no es posible limitar la aplicación de normas jurídicas en base a la subsunción lógica *bajo premisas mayores formadas abstractamente*<sup>10</sup>, es decir, no toda decisión jurídica es producto de una secuencia lógica (premisa mayor, premisa menor y el resultado es una conclusión), y determina en un caso de colisión de principios cuál de los intereses abstractos del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto; Robert Alexy, cita cuatro razones para justificar los límites de la subsunción: por la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de conflictos de normas, el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero cuya regulación no exista una norma ya vigente, y la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales, por la cual concluye, que los cánones usuales de interpretación, no son siempre suficientes para la fundamentación de las decisiones jurídicas. Se trata de la búsqueda y elaboración de un procedimiento que asegure la racionalidad de la aplicación del derecho<sup>11</sup>, siendo que una posición estrictamente normativista sería inadecuada, resultando el ejercicio de la ponderación una alternativa.

Pero el uso de principios para fundamentar decisiones jurídicas no resulta siempre suficiente, se establece también que los principios "(...) *no rigen sin excepción, y pueden entrar en oposición o contradicción; no contienen una pretensión de exclusividad; sólo despliegan su contenido significativo propio en un juego conjunto de complemento y limitación recíprocos, y necesitan para su realización de concreción a través de principios subordinados y valoraciones particulares con contenido material independiente*"<sup>12</sup>, por lo que se deduce que la argumentación no tiene un

---

<sup>9</sup> Y sentencia que las decisiones jurídicas pueden y deben ser justificadas, aspirando siempre a fundamentar el método jurídico.

<sup>10</sup> LARENZ, Karl, citado en ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Ed. Palestra, 1da. Edición ampliada, Lima, 2007, pp. 27.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert: *Sistema jurídico y razón práctica*, pp. 174, Cfr. también, NEUMANN, U.: *Juristische Argurnentationslehre*, Darmstadt, 1986; AARNIO, A.: *Lo Racional como Razonable*, (Título original en inglés: *Pie Rational os Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, D. Reidel Publishing Company, 1987, versión castellana de E.Garzón Valdés y R.Zimmerling), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...* Op. Cit., pp. 32, citando también LARENZ, quien habla de que *"en cualquier nivel de concreción son necesarias valoraciones adicionales que ha de realizar, primero, el legislador, y sólo después, en el marco del campo de decisión que a él le queda, el juez"* (LARENZ, Karl, *Ibid.*, p. 462).

carácter concluyente, es decir, no siempre se encuentra respuesta en una secuencia lógica de las normas presupuestas, ni puede encontrarse en las reglas de la metodología jurídica, por lo que se puede encontrar una alternativa en la *valoración*<sup>13</sup>, quedando como interrogante siguiente cómo estas pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas, y en qué medida son necesarias las mismas<sup>14</sup>.

Por tanto, para que el Estado proteja los derechos fundamentales, es posible valorar las normas, reglas y los principios, considerando a estos últimos, más “amplios y comprensivos”, porque conduce a “más racionalidad” en el juicio constitucional. Por ende, los derechos fundamentales son principios o, en sentido inverso, los principios adquieren expresión en los derechos fundamentales, siendo necesario puntualizar, que los derechos fundamentales tampoco sólo tienen carácter de regla, sino también de principios<sup>15</sup>.

En la doctrina integral del derecho<sup>16</sup>, ya se reconoce la labor de ponderación que realiza el juez, ante casos difíciles donde se debe elegir entre principios diversos, incluso ante analogías diversas, al no existir en ese momento nada preestablecido por el derecho, ya que no todas las normas son reglas aplicables a casos concretos.

En relación a la “argumentación jurídica racional”, y cuando dentro de los conflictos jurídicos estén implicados principios, cuyo carácter tienen una *relación de implicación* con el más importante principio del derecho constitucional material: *el principio de proporcionalidad*<sup>17</sup>, que es consustancial al modelo de principios que representan los derechos fundamentales en los Estados democráticos. El principio de proporcionalidad, se constituye como el principio último del ordenamiento jurídico, que detenta a la vez tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto. Siendo que los principios no son más que *mandatos de optimización*, porque la medida de su cumplimiento depende no sólo de posibilidades fácticas, sino también de posibilidades jurídicas, por lo que los dos primeros subprincipios (idoneidad y necesidad) representan la medida de aquellas posibilidades fácticas que

---

<sup>13</sup> Robert Alexy, reafirma tal alternativa en las posiciones de autores como LARENZ, al hablar este de: “reconocimiento de que la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador”, o en la posición del Friedrich. MÜLLER, citando la opinión de este: “una Jurisprudencia sin decisiones ni valoraciones... (no sería) ni práctica, ni real”, en ALEXYS, Robert, *Ibidem*, pp. 34.

<sup>14</sup> Dando lugar a lo que Herbert Lionel Adolphus Hart, en su artículo “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, estableció al respecto de la concepción del decisor se puede dejar guiar, en lugar de razones morales, por cualquier otro objetivo social, cualquiera que pueda ser su valor moral (trata de poner énfasis a la distancia que debería existir entre el derecho y la moral, en la podría existir una conexión contingente, más no necesaria entre éstas), a pesar que más tarde Dworkin criticó que dicha separación es ficticia, pues hay norma de indudable contenido moral que devienen jurídicas sin estar incorporadas necesariamente en el ordenamiento jurídico.

<sup>15</sup> En resumidas Alexy considera los derechos constitucionales como principios.

<sup>16</sup> Ronald Dworkin, concibió al Derecho como integridad, ausente de total irracionalidad, donde el elemento fundamental no es la norma, sino el principio justificador, y que la interpretación basada en principios como instrumento que sirve para justificar decisiones.

<sup>17</sup> ALEXYS, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica... Op. Cit., pp. 459.

permiten su realización, y en la cual el ejercicio de ponderación no juega ningún papel. En relación, al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o lo que denominaremos ponderación, radicará la atención de la justicia constitucional, al estar relacionada con la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, donde la ponderación juega un rol importante.

Es necesario, antes de adentrarnos a realizar la ponderación, describir sus tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso (que no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático) y las cargas de la argumentación; en relación a la primera, **ley de ponderación** se define como: "*Cuando mayor sea el grado de satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro*"<sup>18</sup>, es decir, que cuando en la intervención de un derecho sea menor el grado de realización del fin constitucional, esta no estaría justificada, no superando el examen de la ponderación (es considerada la regla de oro a la hora de realizar la ponderación). La ley de ponderación, se divide a la vez en tres pasos:

- *En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, dándole un determinado valor numérico a las variables, leve, medio o intenso;*
- *Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario;*
- *Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro*<sup>19</sup>.

Con lo antedicho se trata de demostrar que la ponderación es racional, y que no admite cualquier tipo de decisiones, a causa de la carencia de medidas racionales.

La técnica descrita determinará cuál de los principios de igual jerarquía en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto, o cuál de ellos determina la solución en el caso concreto, y en los casos que existiera un empate entre dos principios idénticos, entrarían la función de la carga de la argumentación para un priorizar un principio de otro.

Aunque la ponderación no se encuentra explícita dentro de nuestro ordenamiento jurídico; empero, se halla dentro de la jurisprudencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional Plurinacional, como es el caso de la SCP 1787/2013 de 21 de octubre y la SCP 1071/2014 de 10 de junio, que reconocía esta técnica para solucionar problemas de conflictos de

---

<sup>18</sup> Ibídem, pp. 146.

<sup>19</sup> Ibídem pp. 460, también en artículo de Robert Alexy, "*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*" pp. 9. (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf> revisado por última vez el 04/07/18)

derechos, el aporte de Robert Alexy está vinculado a generar una herramienta para la solución y resolución de causas o conflictos en los que los derechos en controversias o contrapuesto sean puestos a conocimiento de la justicia constitucional, circunstancias en la que no es posible fundamentar la características de interdependencia de los derechos fundamentales.

Por tanto, quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación, siendo la posición de nuestra sala no apartarnos del uso de la ponderación, sino de darle mayor fundamentación jurídica para su mejor aplicación.

### **III.5. Análisis del caso concreto**

En el caso concreto, se advierte la emisión y ejecución del mandamiento de apremio en contra del hoy accionante, que devino por incumplimiento de pago de asistencia familiar con la que fue notificado e intimado a su pago por autoridad judicial; la emisión del mandamiento de apremio data del 30 de octubre del 2017, cuya ejecución fue diferida el 1 de diciembre del mismo año. El impetrante de tutela reclama que, la ejecución del mencionado mandamiento de apremio fue realizado durante las vacaciones judiciales; razón por la que, se encontraría indebidamente detenido, siendo que por Circular 05/2017-SP-TDJLP emitida por el Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, se dejó en suspenso la ejecución de todos los mandamientos expedidos por los Juzgados de las áreas Social, Civil, Familiar de la Niñez y Adolescencia y de la estructura penal, excepto los de condena y los declarados rebeldes, desde el 28 de noviembre de 2017 al 2 de enero de 2018.

Denuncia que ante la indebida ejecución del mandamiento de apremio, se apersonó al Juez de familia de turno, haciendo conocer los hechos acaecidos el 1 de diciembre del 2017 que provocaron su aprehensión, a pesar de la vigencia de la Circular 05/2017-SP-TDJLP; motivo por el que, solicitó su libertad, pero dicha autoridad en vez de atender su solicitud, el 18 de diciembre del mismo año, decretó traslado a la otra parte. Ante el decreto citado, interpuso recurso de reposición, manteniéndolo en privación de su libertad hasta la fecha.

Dentro de las pruebas que cursan en el presente expediente, se advierte por un lado, la Circular 05/2017-SP-TDJLP en su punto 3, que citamos literalmente, expresa: "A partir del 28 de noviembre de 2017 al 2 de enero de 2018, queda en suspenso la ejecución de todos los mandamientos expedidos por los juzgados de las áreas Social, Civil, Familiar de la Niñez y Adolescencia y de la estructura penal, excepto los de condena y los declarados rebeldes". A la vez, consta Auto interlocutorio de 20 de diciembre de 2017, emitido por el Juez Público Civil y Comercial de Familia, Niñez y Adolescencia de Instrucción Penal del Distrito 1 de la

Capital del departamento de La Paz -de turno en ese momento-, que sostuvo que ante el deber del Estado, la sociedad y familia de garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, se deniega el recurso de reposición del accionante, hasta el cumplimiento de la asistencia familiar que fue fijada por la Jueza Pública de Familia Sexta de El Alto del departamento de La Paz que conoció la causa y con la que correspondientemente fue notificado con la intimación de pago.

Por otra parte, el accionante en su intervención en audiencia ante el Juez de garantías, reconoció que el mandamiento de apremio corporal por asistencia familiar emitido en su contra, sería legal, al haber sido dictado por autoridad competente, pero que la manera de ejecución denotó un acto indebido, por la que resultó privado de su libertad, siendo que dentro del intervalo de fechas fijado por la Circular 05/2017-SP-TDJLP, el apremio de su persona no debió ejecutarse. En cuanto a la alusión del funcionario policial y el Director del Centro Penitenciario San Pedro (ambos denunciados), que indicaron el desconocimiento de la Circular antes señalada, por la falta notificación formal de la circular citada, siendo que ellos tenían conocimiento a través de nota emitida por Mery Tarquino Limachi, Jueza Pública de Familia Sexta de El Alto del departamento de La Paz, que ordenó que desde el 5 al 31 de diciembre del 2017, no se ejecuten mandamientos de apremios, información que al no ser desvirtuada con la notificación de la Circular 05/2017-SP-TDJLP, conllevó por una parte, a la ejecución del mandamiento por el funcionario policial, y por otra, a que dicho acto sea consentido por parte del Director del Régimen Penitenciario San Pedro, al ser presumiblemente legal y legítimo.

Ahora bien, y a la luz de la línea jurisprudencial seguida por esta Sala, considerando los fundamentos jurídicos descritos en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional y el caso objeto de análisis, es necesario que dicho actuar de ponderación, se entendió bajo los lineamientos de la SCP 1071/2014 de 10 de junio, que refirió: *"...Bajo este paraguas jurisprudencial, el Tribunal Constitucional Plurinacional asume el desafío de destrozarse las prácticas formalistas que reproducen el sistema colonial, bajo un mandato fundamental del constituyente a partir de la norma jurídica directamente aplicable como es la Constitución, siempre en busca de la eficacia de los derechos y garantías constitucional; así, encontramos el reflejo de la efectividad de su función traducida en: 'velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales'; en consonancia con ello, el razonamiento de las autoridades que imparten justicia debe partir de la Constitución, pues estos se constituyen en los garantes primarios de la misma y de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, claro está, su tarea interpretativa y sus decisiones deben obedecer, a una efectiva **'ponderación'** en cada caso concreto"* (negrilla añadida) y bajo el Fundamento Jurídico III.4 de la Presente Sentencia Constitucional

Plurinacional, para darle mayor amplitud a lo establecido hasta este momento por la jurisprudencia constitucional.

En consecuencia, la ponderación se realizará entre dos derechos, por un lado, el derecho a la libertad alegado por el accionante -contenida en el art. 22 de la CPE-, y por el otro, el derecho del menor de edad a gozar de las condiciones necesarias que denota la asistencia familiar (entre ellos: alimentación, salud, educación, vivienda, recreación y vestimenta) para su desarrollo integral, contenidos tanto en los arts. 16, 60 y 62 de la CPE.

Estos derechos, que son reconocidos constitucionalmente y que forman parte del bloque de constitucionalidad, se encuentran en contraposición en el presente caso, pero no por ello son contradictorios entre sí, sino que ante la naturaleza de nuestra norma suprema, y ante la multiplicidad y la heterogeneidad de los varios derechos fundamentales que la misma dicta y protege, sumada a la "igual dignidad constitucional", resultan ser características inevitables dentro de una Constitución de una sociedad pluralista y democrática como la boliviana.

Es necesario reflexionar, en primera instancia, respecto a contenido del Fundamento Jurídico III.1 del presente fallo, donde el "principio del interés superior del niño" emerge del artículo 60 de la CPE, estableciendo que la definición de los principios constitucionales son expresados normalmente en preceptos constitucionales, es decir, por artículos concretos, como se suscita en el presente caso.

Por tanto, los derechos de las niñas y niños, que se benefician de los indispensable para la vida a través de la asistencia familiar fijada por la autoridad judicial, tiene mayor relevancia respecto a la libertad del obligado de dar la asistencia familiar -ahora accionante-, pues al incurrir en conceder la libertad, emerge el riesgo de postergar un derecho que por su relevancia no puede retrasarse, siendo que la satisfacción de las necesidades de los menores, son imperiosas para su desarrollo integral.

Es evidente que el apremio corporal ejecutado contra el peticionante de tutela, debió observar la circular vigente en ese momento, pero tampoco podemos aludir formalismos que nos impiden ver la esencia y necesidad de los derechos alegados por la madre de los menores hoy accionada; dentro de la audiencia ante el Juez de garantías, el accionante reconoció la alusión de la madre, que evidentemente habría estado fuera del país por más de 3 años, es decir, ante este antecedente, la justicia constitucional no puede priorizar formalismos innecesarios, ante las necesidades imperantes, por cuanto la ejecución del mandamiento de apremio estaba en contra de lo referido en la Circular 05/2017-SP-TDJLP, la misma fue legal en cuanto a la privación de libertad, al ser emitida por autoridad competente dentro de un proceso de asistencia familiar, que cumplió con su finalidad, que fue el apremio del deudor -hoy demandante

de tutela-

Es importante expresar, que los Tribunales Departamentales de Justicia no pueden suspender la ejecución de mandamiento de apremio corporal por asistencia familiar ante las vacaciones judiciales colectivas, siendo que al ser un derecho que recae en la subsistencia de las niñas y los niños como expusimos en el Fundamento Jurídico III.2 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, no puede suspenderse en ningún momento, debiendo prever los mismos, juzgados de familia de turno dentro de las vacaciones judiciales, para a la atención de causas familiares, en atención a la ejecución de mandamientos de apremio, para evitar posibles violaciones de derechos que podrían presentarse en su ejecución, razón suficiente que se halla expuesta en el Fundamento Jurídico III.3 de la presente Resolución Constitucional.

Corresponde por lo expuesto precedentemente, denegar la tutela solicitada; asumiendo que tanto el Estado, la sociedad y la familia, al ser instituciones sociales, deben velar constantemente por el interés superior del niño, ante las condiciones de vulnerabilidad que este grupo etario.

Consiguientemente, la Jueza de garantías al **denegar** la tutela pretendida, obró de forma correcta.

### **POR TANTO**

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Segunda; en virtud de la autoridad que le confieren la Constitución Política del Estado y el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, en revisión, resuelve: **CONFIRMAR** la Resolución 19/2017 de 21 de diciembre, cursante de fs. 59 a 61, pronunciada por la Jueza de Sentencia Penal Segunda de El Alto del departamento de La Paz; y en consecuencia:

- 1° **DENEGAR** la tutela solicitada por el accionante bajo los fundamentos dilucidados en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional.
- 2° **DISPONER** que por Secretaria General de este Tribunal se haga conocer esta Sentencia Constitucional Plurinacional para su cumplimiento a todos los Tribunales Departamentales de Justicia del país, en razón a la inclusión dentro de las excepciones de las circulares que disponen las vacaciones judiciales, los mandamientos de apremio corporal en asistencia familiar; es decir, que los mismos no pueden quedar interrumpidos dentro de las vacaciones decretadas; para la cual, es necesario prever uno o más juzgados de familia de turno, que conozcan la ejecución de los mandamientos de apremio realizados.

**Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.**

Fdo. MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano  
**MAGISTRADO**

Fdo. MSc. Julia Elizabeth Cornejo Gallardo  
**MAGISTRADA**