

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO



TESIS DE GRADO

**“PROPUESTA SOBRE LA INCLUSIÓN DE ARTÍCULOS AL CÓDIGO NIÑO
NIÑA ADOLESCENTE SOBRE LA GUARDA Y TUTELA A CARGO DEL
ESTADO”**

Postulante: Ana María Torrez Quispe

Tutor Académico: Dr. Arturo Vargas Flores

La Paz – Bolivia
2014

Dedicatoria

Con mucho cariño a mis padres, quienes me inculcaron los valores del bien, la justicia y la verdad.

A mis hijos y mi esposo, que son el mejor regalo que Dios me dio, por la fortaleza anímica con que me apoyaron para llegar a este punto de mi vida.

Agradecimientos

A Dios por darme la vida y la oportunidad de servir a los demás.

A la U.M.S.A., por ser la entidad forjadora de mis conocimientos.

A mi tutor Dr. Arturo Vargas Flores, por su paciencia y apoyo durante el desarrollo del presente trabajo.

También agradezco a mis amigos de Derecho quienes hicieron que esta obra se haga realidad.

RESUMEN ABSTRACT

A partir de 7 de febrero de 2009 el Estado Boliviano a través de la norma fundamental ha determinado las bases del Estado de Derecho del denominado Estado Plurinacional, y con carácter de trascendencia instituye un régimen jurídico protector del menor, mediante un conjunto de derechos fundamentales, así como la responsabilidad del Estado y la Sociedad para con este sector en razón de su situación de vulnerabilidad, donde se contemplan institutos jurídicos importantes como son la guarda y tutela legal a Cargo del Estado, que en la realidad fáctica deberían materializarse en otorgar a la niñez y adolescencia desamparada o que sus progenitores hayan perdido la autoridad paterna, en las atenciones necesarias para garantizar su desarrollo físico, psicológico, social, educativo y moral, dada su condición de menor de edad y no delegar esa obligación en las instituciones de caridad como son los hogares de las ONGs.

Los aspectos señalados constituyen el fondo de la realización de la Tesis de Grado, que se inicia con un diseño de investigación manteniendo la relación de coherencia lógica entre los componentes problema de investigación, objetivo general e hipótesis de trabajo; además y toda vez que se trata de un estudio de base científica se realizó un muestreo estadístico para establecer el carácter probabilístico de la investigación.

Se contextualiza la evolución histórica de los derechos de la niñez a nivel nacional e internacional en relación a la guarda y tutela a cargo del Estado, más de su conceptualización y caracterización; se describe al SEDEGES como ente gestor en materia de niñez y adolescencia, y se interpreta el ordenamiento jurídico en relación a la Guarda y Tutela a cargo del Estado, con base en la Doctrina del Derecho y las medidas de Protección Familiar Frente al Abandono, bajo la influencia de la Doctrina de la Situación Irregular y la institucionalización del Niño abandonado en relación al Interés Superior del menor como Base de la Doctrina de la Protección Integral. Y en la última parte, se presentan los resultados alcanzados formulando conclusiones en relación de los objetivos los cuales se dan por alcanzados y seguido se exponen las recomendaciones, con incidencia en la necesidad de considerar la propuesta de Inclusión de los artículos 40 bis, 50 bis y 56 bis al Código Niño, Niña y Adolescente.

PROPUESTA SOBRE LA INCLUSIÓN DE ARTÍCULOS AL CÓDIGO NIÑO NIÑA ADOLESCENTE SOBRE LA GUARDA Y TUTELA A CARGO DEL ESTADO

ÍNDICE

Dedicatoria.....	i
Agradecimientos	ii
RESUMEN ABSTRACT	iii
ÍNDICE	iv
DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	1
1.IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	3
2.PROBLEMATIZACIÓN	4
3.DELIMITACIONES DEL TEMA DE TESIS	5
3.1.Delimitación temática.....	5
3.2.Delimitación temporal	6
3.3.Delimitación espacial	6
4.FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DE LA TESIS	6
5.OBJETIVOS DEL TEMA DE TESIS	8
5.1.Objetivo general	8
5.2.Objetivos específicos	8
6.MARCO TEÓRICO	9
7.HIPÓTESIS.....	10
7.1.Variable independiente.....	10
7.2.Variable dependiente	10
8.TIPO DE INVESTIGACIÓN Y MÉTODOS UTILIZADOS.....	10
9.TÉCNICAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN	12
10.DETERMINACIÓN DEL UNIVERSO Y MUESTRA	13
DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA DE LA TESIS	15
CAPÍTULO I	16
CONTEXTO TEÓRICO, CONCEPTUAL Y DOCTRINAL ACERCA DE LA GUARDA Y TUTELA LEGAL A CARGO DEL ESTADO	16
1.1.CONTEXTO HISTÓRICO.....	17

1.1.1.En la República de Bolivia.....	17
1.1.2.Breve historia de los SEDEGES.....	20
1.2.EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO	22
1.2.1.Brasil.....	22
1.2.2.México.....	25
1.2.3.Perú.....	26
1.2.4.Bolivia.....	26
CAPÍTULO II	36
INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA Y JURÍDICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO RELACIONADO CON LA GUARDA Y TUTELA A CARGO DEL ESTADO.....	36
2.1.LA TUTELA EN LA DOCTRINA DEL DERECHO	37
2.1.1.Tutela Ordinaria como Medidas de Protección Familiar Frente al Abandono.....	39
2.1.2.Tutela Superior o Tutela del Estado frente al Abandono.....	40
2.1.3.Tutela Superior como Medio de Protección Institucionalizador bajo la influencia de la Doctrina de la Situación Irregular.....	42
2.1.4.La institucionalización como medio de protección al niño abandonado.....	47
2.1.4.1.La Institucionalización en Bolivia	50
2.1.5.Tutela Superior como Medio de Protección de Derechos bajo la influencia de la Doctrina de la Protección Integral.....	52
2.1.5.1.El Interés Superior del Niño como Base de la Doctrina de la Protección Integral.....	61
2.2.LA FAMILIA SUSTITUTA Y SU NATURALEZA.....	64
2.3.LA GUARDA COMO FAMILIA SUSTITUTA PROVISIONAL FRENTE A ABANDONO.....	68
2.3.1.La guarda Delegada como Medio Proteccional.....	71
2.3.2.Relación de la Guarda y la Patria Potestad	72
2.3.3.Diferencias entre la Guarda y la Tenencia	74
2.3.4.Diferencia entre Guarda y la Tutela.....	76
2.3.5.Clasificación de la guarda delegada: por su forma de otorgamiento y por su finalidad	77
CAPITULO III	79
FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y EMPÍRICOS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA GUARDA Y TUTELA LEGAL A CARGO DEL ESTADO.....	79
3.1.PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE ENCUESTAS REALIZADAS	80
3.1.1.Características generales de la muestra	80

3.1.2.Datos porcentuales por pregunta.....	83
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	89
1.CONCLUSIONES	90
2.RECOMENDACIONES.....	93
2.1.Propuesta legislativa.....	94
BIBLIOGRAFÍA.....	96
Anexos.....	98

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

**PROPUESTA SOBRE LA INCLUSIÓN DE ARTÍCULOS AL
CÓDIGO NIÑO NIÑA ADOLESCENTE SOBRE LA GUARDA
Y TUTELA A CARGO DEL ESTADO**

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1.IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

En el marco del Estado de Derecho, uno de los deberes más importantes del propio Estado, es el de garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales de la personas, donde no puede ser ajeno los derechos correspondientes a los niños, niñas y adolescentes.

El efectivo cumplimiento de los derechos a los que se hace referencia, está relacionado con los institutos jurídicos de la guarda y tutela efectiva a cargo del propio Estado, que debe traducirse en aspectos como la alimentación, la educación y la seguridad entre otros, extremos que en la realidad no se hacen efectivos sino por delegación a instituciones solidarias como son las ONG en muchos casos.

El contexto en el que debe materializarse la guarda y tutela a cargo del Estado, debe comprender en acciones y medidas efectivas orientadas a precautelar la integridad física, moral, psicológica y formativa cultural de los niños, niñas y adolescentes, que básicamente consiste en el interés superior del menor.

Según el texto constitucional, constituye un deber del Estado el “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”¹; este deber constitucional que involucra tanto a la administración del Estado, así como a la sociedad y la familia, no puede ser soslayado en su cumplimiento bajo ningún argumento.

Por los antecedentes expuestos y analizados, se ha identificado como problema de la investigación a la siguiente pregunta:

¿SEGÚN QUE FUNDAMENTOS SE DEBEN INCLUIR ARTÍCULOS ESPECÍFICOS SOBRE LA GUARDA Y TUTELA A CARGO DEL ESTADO EN EL CÓDIGO NIÑO NIÑA ADOLESCENTE?

2.PROBLEMATIZACIÓN

La investigación está involucrada en un análisis profundo de las normas nacionales y a nivel de legislación comparada, de relación con el tema objeto de estudio como es la guarda y tutela a cargo del estado de los niños niñas y adcentes, a objeto de establecer que se deben crear mecanismos jurídicos y sociales para la garantizar las responsabilidad institucional efectiva del Estado Boliviano, desarrollando así lo dispuesto por la norma constitucional en el marco del interés superior del menor.

En consecuencia con el análisis precedente, las interrogantes que coadyuvaron en desarrollar la problemática identificada son las siguientes:

- ¿Cuál es el contexto teórico, conceptual y doctrinal de la Guarda y Tutela a cargo del Estado?

¹ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Constitución Política del Estado, Gaceta Oficial, 2009, art. 60.

- ¿Cómo se interpreta en el ordenamiento jurídico, la Guarda y Tutela a cargo del Estado en relación al interés superior del menor?
- ¿Cuáles son los fundamentos facticos y empíricos, que determinan la necesidad de incluir artículos específicos sobre la Guarda y Tutela a cargo del Estado?

3.DELIMITACIONES DEL TEMA DE TESIS

La temática de la Guarda y Tutela a cargo del Estado es de reciente consideración tanto a nivel constitucional así como a nivel doctrinal, sin embargo a nivel internacional fue desarrollado ampliamente, lo cual hace amplio el tema objeto de estudio, por lo que en razón de alcanzar resultados fiables, evidentes, capaces de contribuir en la solución de la problemática, se ha delimitado la investigación en tres aspectos: el área del derecho al que corresponde el tema de investigación, el tiempo de tratamiento del objeto de estudio y el espacio geográfico donde se llevara adelante el trabajo de campo; estos aspectos son desarrollados a continuación.

3.1. Delimitación temática

Temáticamente la tesis fue delimitada al estudio de la necesidad de la inclusión de un régimen específico sobre la Guarda y Tutela a cargo del Estado de menores de edad, por tanto la investigación está comprendida en el área del Derecho del Menor y Familia.

3.2. Delimitación temporal

La realización de la investigación fue delimitada a los hechos sucedidos en el último quinquenio; se trato entonces el objeto de estudio entre los años 2009 - 2013, periodo en el cual ha adquirido vigencia Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, implementando como principio constitucional en materia de niñez y adolescencia el interés superior del menor.

3.3. Delimitación espacial

Geográficamente la investigación fue delimitada a la ciudad de La Paz, perteneciente política y geográficamente al Departamento de La Paz, del Estado Boliviano; esta delimitación, comprende internamente a la Asamblea Legislativa Plurinacional, la Asamblea Legislativa Departamental, el Concejo Municipal los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, el Servicio Departamental de Gestión Social, los Servicios Legales Integrales Municipales y las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, además de otras instituciones relacionadas con la Guarda y Tutela de menores a cargo del Estado.

4.FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DE LA TESIS

Si bien la legislación Boliviana consagra los principios de la doctrina de la Protección Integral y con ella la obligación del Estado de articular los esfuerzos para que tanto entidades gubernamentales, como no gubernamentales y el conjunto de la Sociedad Civil permitan efectivizar los derechos de la niñez, aplicando medidas de tipo familiar, social y como última instancia el acogimiento en hogares, en la realidad fáctica existen un

distanciamiento respecto de este fin teórico, en razón a que en la ciudad de La Paz se ha mantenido tradicionalmente la práctica de adopción de medidas de protección como el acogimiento de menores en hogares transitorios principalmente, que son de administración y dependencia de las organizaciones no gubernamentales.

La Guarda y Tutela a cargo del Estado, desde la dimensión anteriormente señalada tiene como fin el lograr una verdadera familia sustituta del menor, extremo que no se materializa en la realidad nacional, porque no se asumen responsabilidades por las instancias estatales y sociales en razón del interés superior del menor frente al abandono, y dejando de lado las alternativas de recomendadas por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, suscrita por Bolivia y transmitida a la legislación nacional de la niñez y adolescencia.

Los niños constituyen el capital humano más importante de nuestra sociedad, de ahí que el Estado tenga la obligación de precautelar su integridad física y moral, intelectual, psicológica y otras que les permita garantizar un desarrollo integral a los niños niño y adolescente.

En estos últimos años a pesar de la existencia de disposiciones legales los niños se ven en un total abandono y desprotección jurídica, por lo que surge una necesidad de establecer los fundamentos jurídicos para la incorporación de un régimen jurídico específico en el código niño niña y adolescente respecto a la Guarda y Tutela a cargo del Estado, que tenga por objeto el establecer un sistema de protección, dentro del Código, en la perspectiva de superar la actual situación en la que se debaten los niños que se encuentran sin resguardo, en el entendido de que las normas jurídicas como son las leyes, “se instituyen de manera racional, con tanteo previo de la situación

social que regulara y sus efectos en vista de objetivos determinados”², como es el interés superior del menor.

5.OBJETIVOS DEL TEMA DE TESIS

Siguiendo con el de investigación, se han determinado dos tipos de objetivos para la realización estudio, uno de carácter general sobre el cual se fundamenta los resultados de la tesis y otros de carácter secundario que permitieron su desarrollo teórico, conceptual, jurídico y fáctico.

5.1. Objetivo general

ESTABLECER LA NECESIDAD DE INCLUIR ARTÍCULOS ESPECÍFICOS SOBRE LA GUARDA Y TUTELA A CARGO DEL ESTADO EN EL CÓDIGO NIÑO NIÑA ADOLESCENTE.

5.2. Objetivos específicos

En el orden de ideas anteriormente señalado, de relación con el objetivo general y para permitir el desarrollo de la Tesis en sus capítulos correspondientes se formularon los siguientes objetivos específicos:

- Contextualizar teórico, conceptual y doctrinalmente la Guarda y Tutela a cargo del Estado.

² MOSCOSO DELGADO, Jaime, Introducción al Derecho, Editorial Juventud, 2000, pág. 304.

- Interpretar dogmática y jurídicamente, el ordenamiento jurídico relacionado con la Guarda y Tutela a cargo del Estado en relación al interés superior del menor.
- Demostrar mediante fundamentos facticos y empíricos la necesidad de incluir artículos específicos sobre la Guarda y Tutela a cargo del Estado en el Código Niño Niña Adolescente.

6.MARCO TEÓRICO

En razón del sustento a la explicación, contextualización y fundamentación de la importancia acerca de la implementación de un régimen jurídico específico acerca de la Guarda y Tutela cargo del Estado en el Código Niño Niña y adolescente, la teoría en la que se sustenta la realización de la tesis es el positivismo jurídico, en el siguiente razonamiento:

El Positivismo Jurídico

Esta teoría instituye que “el Derecho no debe ser aplicado por principios universales de la razón natural, sino por métodos experimentales, y el derecho es un instrumento para mejorar el orden social..., sirve para tesis de carácter propositiva, sobre el régimen jurídico y temas de reglamentación”³.

La cita precedente, orienta a que el positivísimo jurídico concibe al derecho de esencia renovadora, y que la necesidad de cambio en el sistema jurídico debe obedecer a deducciones científicas, por lo que la teoría además de orientar la tesis, fue aplicada en la elaboración de la propuesta de un anteproyecto de ley, cuyo objeto sea la determinación jurídica de la

³ MOSTAJO MACHICADO, Max. Seminario Taller de Grado. Bolivia. 2006. Pág. 153.

implementación de un régimen jurídico específico acerca de la Guarda y Tutela cargo del Estado en el Código Niño Niña y Adolescente.

7.HIPÓTESIS

LA INCLUSIÓN DE ARTÍCULOS ESPECÍFICOS SOBRE LA GUARDA Y TUTELA A CARGO DEL ESTADO EN EL CÓDIGO NIÑO NIÑA ADOLESCENTE, PERMITIRÁ SU PROTECCIÓN EFECTIVA EN EL MARCO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO NIÑA Y ADOLESCENTE.

7.1. Variable independiente

La inclusión de artículos específicos sobre la Guarda y Tutela a cargo del Estado en el Código Niño Niña Adolescente.

7.2. Variable dependiente

Su Protección Efectiva en el marco del Interés Superior del Menor.

8.TIPO DE INVESTIGACIÓN Y MÉTODOS UTILIZADOS

Se ha determinado la investigación de tipo descriptiva, en razón a que se describe el comportamiento del fenómeno objeto de estudio, desde una perspectiva de su realidad fáctica, además de la evidencia de fundamentos empíricos; y se constituye además en explicativa porque se explican las bases de la propuesta de artículos específicos en la norma de la niñez y adolescencia respecto a la Guara y Tutela a cargo del Estado.

También se determinó la aplicación de algunos métodos de investigación, a objeto de alcanzar resultados para la elaboración de la propuesta y son:

Método deductivo

Según Ávila Baray, “el método inductivo es una aproximación a la realidad en la cual el investigador establece una serie de argumentos que van de aspectos particulares a las generalizaciones, y se sustenta en la compilación de evidencia empírica”⁴; este método aplicado en la investigación permitió identificar los fundamentos empíricos y fácticos que sustentan la propuesta de la inclusión de artículos específicos sobre la Guarda y tutela a cargo del Estado.

Método gramatical

Este método considera en análisis e interpretación de las palabras y las frases de las normas, aisladamente, “es decir, en tanto que simples palabras o frases desconectadas del resto del ordenamiento jurídico, para establecer cuál es su significado si son palabras, o la redacción o puntuación si son frases”⁵, constituye un “recurso gramatical para aclarar el sentido oscuro o confuso de la norma escrita”⁶; en la investigación fue utilizado en la interpretación de la norma fundamental del Estado Boliviano, así como el resto de normas jurídicas internas respecto al objeto de estudio.

⁴ ÁVILA BARAY, Héctor Luis, INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN, México, Editorial Eumed.net, 2006, Pág. 5.

⁵ CEPIIB, La Enciclopedia Jurídica Virtual. Ob. Cit.

⁶ TORRICO TEJADA, Luis Fernando, Filosofía del Derecho, Bolivia, Edit. Gráfica JiVas, 2006, pág. 51.

Método de la interpretación histórica

Según Mostajo “los textos deben ser investigados como expresión y manifestación histórica de las necesidades sociales que han motivado su creación, el investigador debe acudir a elementos externos del derecho mismo, como las costumbres y la vida económico social”⁷, su aplicación permitió precisar la importancia de la inclusión de un régimen jurídico específico sobre la Guarda y tutela a cargo del Estado, en razón del principio del interés superior del menor.

9.TÉCNICAS UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

A objeto de alcanzar los objetivos formulados para el presente estudio, y construir la propuesta de solución al problema, se ha definido como técnica de recolección de información empírica a la encuesta y la observación, cuya forma de aplicación se detalla a continuación:

- Encuesta, De acuerdo con Avila Baray “la encuesta es una rama de la investigación social científica orientada a la valoración de poblaciones enteras mediante el análisis de muestras representativas de la misma...se caracteriza por la recopilación de testimonios, escritos, provocados y dirigidos con el propósito de averiguar hechos, opiniones y actitudes...es un método de colección de datos en los cuales se definen específicamente grupos de individuos que dan respuesta a un número de preguntas específicas”⁸, fue aplicada sobre una muestra

⁷ MOSTAJO MACHICADO, Max, Seminario Taller de Grado y Asignatura CJR-000 Técnicas de Estudio, Bolivia, Umsa-FDCP, 2005, Pág. 84.

⁸ AVILA BARAY Hector Luis. Introducción a la Metodología de la Investigación. México. Editado por EUMED. 2006. Pág. 54.

estadísticamente seleccionada mediante un formulario de encuesta que se presenta en el Anexo N° 1.

10. DETERMINACIÓN DEL UNIVERSO Y MUESTRA

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la muestra “es la parte extraída de un conjunto, por métodos que permiten considerarla como representativa de él”⁹; Villegas acota que “cuando decimos que una muestra es representativa indicamos que reúne aproximadamente las características de la población que son importantes para la investigación”¹⁰; es decir que la muestra es una fracción del conjunto de la población, en el presente estudio se ha seleccionado la muestra con carácter probabilística y cualitativa a partir de un Universo Poblacional compuesto por el total de electores de la ciudad de La Paz que participaron en las Elecciones Departamentales, Municipales y Regional realizado el año 2010, sobre la base de datos de la extinta Corte Nacional Electoral, cuyo resultado de votos validos fue 465.746, correspondiente al 92.6% del total de votos validos.

Procedimiento del muestreo¹¹:

Para la determinación de la muestra, se aplicaron las formulas de muestreo recomendadas por Roberto Laura, en razón de su carácter probabilístico para alcanzar un 95% de nivel de confianza de representatividad en relación al universo.

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. España. 22ª edición. 2001. (editado electrónicamente por Microsoft Corporation)

¹⁰ VILLEGAS QUIROGA, Roger. Guía de Estudio. Bolivia. Primera edición – Bolivia 1999.

¹¹ LAURA BARRÓN, Roberto. Métodos y Técnicas de Investigación Social. Bolivia. UMSA. 2005. Pág. 134.

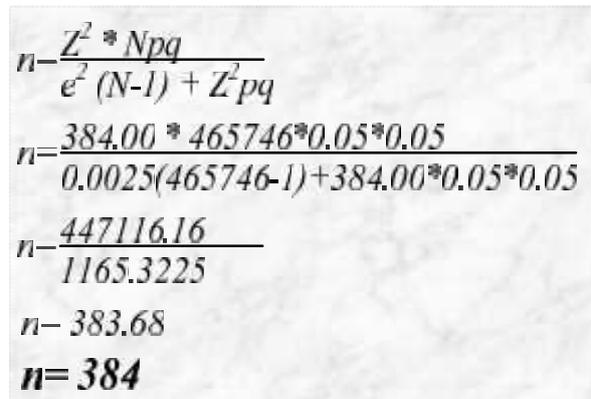
La simbología aplicable fue la siguiente en:

n= Tamaño de la muestra
Z²= Nivel de confianza
N= Universo
p= Probabilidad a favor
q= Probabilidad en contra
e²= Error de estimación

Los valores preestablecidos para alcanzar el 95% de nivel de confianza son:

$$\begin{aligned}Z^2 &= 3.84 \\e^2 &= 0.0025 \\p &= 0.05 \\q &= 0.05\end{aligned}$$

El proceso de la selección de la muestra, se realizó reemplazando los valores en la ecuación, tal como se señala en la siguiente operación:



The image shows a handwritten calculation for the sample size n. It starts with the formula $n = \frac{Z^2 * Npq}{e^2 (N-1) + Z^2 pq}$. The values are substituted: $n = \frac{384.00 * 465746 * 0.05 * 0.05}{0.0025(465746-1) + 384.00 * 0.05 * 0.05}$. The next step shows the numerator as 447116.16 and the denominator as 1165.3225. This leads to $n = 383.68$, which is then rounded to $n = 384$.

$$\begin{aligned}n &= \frac{Z^2 * Npq}{e^2 (N-1) + Z^2 pq} \\n &= \frac{384.00 * 465746 * 0.05 * 0.05}{0.0025(465746-1) + 384.00 * 0.05 * 0.05} \\n &= \frac{447116.16}{1165.3225} \\n &= 383.68 \\n &= 384\end{aligned}$$

Aplicando las reglas del método común de redondeo, se tiene una muestra representativa y probabilística de 384 personas, y es a tal muestra seleccionada que se ha dirigido la aplicación el instrumento de recolección de datos de la realidad empírica como es la encuesta.

DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA DE LA TESIS

CAPÍTULO I

CONTEXTO TEÓRICO, CONCEPTUAL Y DOCTRINAL ACERCA DE LA GUARDA Y TUTELA LEGAL A CARGO DEL ESTADO

CAPÍTULO I

CONTEXTO TEÓRICO, CONCEPTUAL Y DOCTRINAL ACERCA DE LA GUARDA Y TUTELA LEGAL A CARGO DEL ESTADO

1.1. CONTEXTO HISTÓRICO

Los derechos de los niños niñas y adolescente tal como existen en la actualidad, no son producto de un único instrumento jurídico, sino mas bien son el resultado de muchos procesos históricos de implementación de normas y creación de instituciones, tanto de carácter nacional así como internacional, estos aspectos son desarrollados en razón de su importancia en los siguientes subtítulos de manera cronológica.

1.1.1. En la República de Bolivia

Desde la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se observa un cambio en la visión y concepción sobre el concepto de ser niño, el cual se ha fortalecido a través de seminarios y talleres que han generado espacios de discusión sobre los derechos de la niñez. A partir de aquello se ha promulgado el Código del Niño, Niña y Adolescente mediante¹² la Ley 2026, y vigente desde junio del año 2000, esta norma se constituye un paso importante hacia la protección de los derechos de la niñez en Bolivia.

¹² República de Bolivia, Ley N° 2026 Código Niño Niña Adolescente, Gaceta Oficial de Bolivia, 1999.

La norma jurídica se constituye en el instrumento más importante sobre políticas dirigidas a la niñez y adolescencia en el país, porque adopta la Doctrina de la Protección Integral, a la que le siguió la aprobación del Reglamento al Código¹³, mediante Decreto Supremo N° 26086, que fue adecuado más adelante mediante el Reglamento a la Ley de Código Niño, Niña y Adolescente¹⁴.

El Código del Niño, Niña y Adolescente, está estructurado en un primer capítulo de disposiciones fundamentales, y tres libros, referido a deberes y derechos fundamentales donde se contempla el derecho a la vida, a la salud, a la nacionalidad e identidad, a la libertad y al respeto a la dignidad, a la educación, la cultura, y el esparcimiento, a la protección en el trabajo y a deberes fundamentales, un segundo libro que contiene aspectos relativos a la prevención, atención y protección, y un tercer libro que refiere a la protección jurídica, responsabilidad, jurisdicción y procedimientos en materia de niñez y adolescencia.

Si bien las normas jurídicas referidas anteriormente constituyen un hito histórico de Bolivia respecto a los derechos del menor, otro existió otro momento de trascendencia, como fue la ratificación por el estado Boliviano a la Convención de la Haya relativa a la Protección del Niño y Cooperación en materia de adopciones internacionales en diciembre. Ratificó el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima para trabajar fijada en 14 años el 11 de junio

¹³ República de Bolivia, Decreto Supremo N° 26086 Reglamento del Código del Niño, Niña y Adolescente, 2001, Gaceta Oficial de Bolivia.

¹⁴ República de Bolivia, Decreto Supremo N° 27443 Reglamento a la Ley de Código Niño, Niña y Adolescente, Gaceta Oficial de Bolivia, 2004.

de 1997 y el convenio 182 del 17 de junio de 1999 sobre las peores formas de trabajo infantil el 6 de junio de 2003.

El parlamento boliviano aprobó la Ley 2023 del 29 de octubre de 1999 sobre protección a víctimas de delitos contra la libertad sexual.

Mediante Ley 1725 de 1994 Bolivia adoptó como legislación interna la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de menores el 24 de mayo de 1994.

El parlamento boliviano aprobó la Ley 1674 del 15 de diciembre de 1995 norma legal Contra la violencia familiar la cual se reglamentó mediante Decreto Supremo del 6 de julio de 1998, asimismo se realizó la ratificación de la Convención Interamericana sobre las obligaciones alimentarias realizada en Montevideo, el 12 de agosto de 1998.

El Código del Niño, Niña y Adolescente, además de establecer la intervención de las Defensorías de la Niñez y Adolescencia en casos de violencia contra los niños, también le da responsabilidades al Juez de la Niñez y Adolescencia para iniciar acciones en estos casos. Como También se halla en vigencia la Ley 1702, de fecha 17 de julio de 1996, que crea las Defensorías de la Niñez y la Adolescencia y el Decreto Reglamentario N° 24444, que amplía las competencias municipales, estableciendo como competencia en el artículo 7, inciso o) "defender y proteger a niños, niñas y adolescentes de su jurisdicción mediante la creación de Defensorías de la Niñez y Adolescencia".

Por otra parte, además de las normas mencionadas existen en el país algunos instrumentos normativos de tipo administrativo que regulan en forma indirecta aspectos vinculados a la prevención y represión de la violencia, algunos de ellos se refieren exclusivamente a algún tipo de violencia contra niños, niñas y adolescentes, y otros son de índole general. Son normas emitidas por dependencias del Estado o por los municipios.

1.1.2. Breve historia de los SEDEGES

Después de la Guerra del Chaco (1932 - 1935), muchos niños, niñas y adolescentes se quedaron en la orfandad, por lo que se creó el Patronato del Menor y, posteriormente, el Consejo Nacional del Menor (CONAME), ambas instancias encargadas de atender exclusivamente a los niños, niñas y adolescentes sin padres. Tiempo después, en 1971, se crea la Junta Nacional de Desarrollo Social, que en 1982 se constituye en la Junta Nacional de Solidaridad y Desarrollo Social, la cual se encargaba de coordinar el trabajo con las respectivas Direcciones Regionales del Menor (**DIRME**) de cada departamento. Estas últimas, tenían el objetivo de brindar asistencia social y protección a niños, niñas y adolescentes, aunque su accionar también se extendía a los ancianos.

«En el año 1985, se crea la Subsecretaría de Asuntos Generacionales, que en 1997 se reestructura como Viceministerio de Asuntos Generacionales y Familia, en el año 2002, como Viceministerio de los Asuntos del Niño, Niña y Adolescente y, actualmente, como Viceministerio de Género y Asuntos Generacionales, el cual, como cabeza de sector, tiene la misión de

definir las políticas y normas nacionales referentes a la equidad de género y al desarrollo integral de niños/niñas, adolescentes, adultos mayores y familia».

En el año 1992, se creó el Organismo Nacional del Menor, Mujer y Familia (ONAMFA), con la misión de regular, normar, fiscalizar y supervisar las políticas dirigidas a esta población, además tenía la potestad de coordinar con organismos estatales y privados, nacionales e internacionales, en estas temáticas. ONAMFA era una institución técnica descentralizada de la Presidencia de la República, que gozaba de autonomía de gestión económica y administrativa, funcionando con fondos asignados por el TGN y otros. Este Organismo tenía su domicilio en la ciudad de La Paz, pero funcionaba a nivel nacional, departamental y en las provincias de acuerdo con las necesidades de cada región. Es así que estuvo compuesta por: 1. Directorio Nacional, 2. Presidencia, 3. Dirección Ejecutiva Nacional, 4. Comité Consultivo Departamental, 5. Direcciones Ejecutivas Departamentales y 6. Oficinas a nivel provincial, sectorial y cantonal.

Durante el proceso de descentralización iniciado en el año 1994, el Estado experimentó importantes transformaciones institucionales, confiriendo a las instituciones públicas locales y departamentales mayor poder de decisión, responsabilidades, competencias y recursos. En este marco, se crean los Servicios Departamentales de Gestión Social (SEDEGES) el año 1999, como órganos desconcentrados de las prefecturas, con la misión de aplicar políticas y normas emitidas en el ámbito nacional, en temas de género, generacionales, familia y servicios sociales, además de coordinar programas y proyectos en materia de gestión social.

Dentro del Decreto Supremo de creación de los SEDEGES, se establece una unidad de coordinación especial con la función de ejecutar planes, proyectos y programas elaborados por el Despacho de la Primera Dama de la Nación, dirigidos a grupos sociales en riesgo o desventaja.

A partir de las disposiciones antes mencionadas, dejaron de funcionar DIRME y ONAMFA, siendo el SEDEGES la única institución, a nivel departamental, que actualmente aborda la temática de protección y atención a niños, niñas y adolescentes, quedando el Viceministerio de Género y Asuntos Generacionales como cabeza de sector a nivel nacional y las Defensorías de la Niñez y Adolescencia como protectoras de los derechos de esta población a nivel local.

1.2. EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO

1.2.1. Brasil

En Brasil hay como mínimo unos 200.000 niños de la calle, aunque la cifra de pequeños en situación de extremo riesgo o miseria es mucho más elevada. Algunas fuentes. Como Unicef, elevan el número de los niños en condiciones de pobreza hasta los 44 millones. El hambre, la prostitución, las palizas, la droga, las detenciones y la muerte violenta a manos de escuadrones de la muerte son su pan nuestro de cada día. Venden bolsas de plástico, bolígrafos o chicles, limpian parabrisas o botas, roban carteras y, al caer la noche, hay muchos que acuden a los hoteles

de turistas para ofrecer sus favores sexuales a cambio de algunos dólares.

La ONG brasileña Movimiento Nacional de Meninos e Mininas de Rua (Movimiento Nacional de Niños y Niñas de la Calle) denunció el pasado mes de octubre (2010), que 172 menores de 18 años fueron asesinados sólo en dos estados (Pernambuco y Alagoas) entre enero de 2009 y julio de este año. Entre 2000 y 2008 se asesinaron 4.611 niños en 17 de los 26 Estados que tiene Brasil, según estadísticas de la Policía Federal. En algunos Estados la violencia es extremadamente alta, hay estudios que indican que sólo en el Estado del Rio de Janeiro fueron exterminados unos 3.500 niños entre 2000 y 2006.

El Movimiento cuenta en estos momentos con 4.000 educadores en todo el país. Algunos de ellos proceden de la calle, en su infancia fueron meninos de rua (niños de la calle). Su actividad les sitúa, muchas veces, en el punto de mira de los violentos. “Dos fueron asesinados recientemente en Recife”, declaró a Infomundi Tess Alves, miembro del Movimiento de Niños y Niñas de la Calle en Fortaleza, capital del Estado de Ceará situado en el nordeste del país en el que, durante 2009, 350 niños y adolescentes murieron de manera violenta, en muchos casos atropellados por coches, 85 niños fueron asesinados, 48 de ellos con un arma de fuego, 22 con arma blanca, 4 murieron tras ser golpeados...¹⁵

En el mismo año se denunciaron una media de 28 violaciones de menores al mes. La mayoría de las víctimas eran niñas entre 10 y

¹⁵ GRIMA, J. My.LEFUR, A. “¿Chicos de la calle o trabajo de chicos? Lumen/Humánitas. Bs. As. 1999.

14 años. Las denuncias por agresiones a niños y adolescentes superaron las 127 por mes.

La situación se agrava por el hecho de que muchos de los asesinos son agentes de la policía militar. El hecho de que solo puedan ser juzgados por un tribunal militar, si el crimen se cometió en su horario de servicio, les otorga en la práctica una impunidad total. Según Tess Alves, educadora del Movimiento, “lo peor de todo es la desidia y la pasividad de la gente. Cuando un niño es golpeado en plena calle por un policía, todos se asoman para mirar, pero nadie hace nada. Es como si los niños no existieran”.

El “caso de la Candelaria” ha marcado, sin embargo, un ligero cambio en este sentido. El 30 de abril del año 2009 se produjo una resolución histórica: un policía militar fue condenado, por primera vez, por su participación en el asesinato de más de siete niños y un adulto. Los hechos ocurrieron en julio de 2008, cuando un grupo de policías abrió fuego sobre un centenar de niños mientras en el portal de la Iglesia de la Candelaria, en Rio de Janeiro. El tribunal condenó al Policía Marcos Emmanuel a 309 años de cárcel. La presión internacional ha tenido su influencia en el caso, según Alves, quien reclamó la “ayuda de España” para frenar este tipo de fenómenos. “Una carta de España dirigida al presidente del Gobierno tiene mucho más efecto que una manifestación ante la sede de las autoridades. Necesitamos vuestra ayuda, no solo en el sentido económico, sino más aún como apoyo moral”, aseguró la educadora del Movimiento de Meninos de Rua.

“Los pequeños sufren todo tipo de violencia: son golpeados en plena calle por personas ricas, detenidos por la policía e incluso asesinados a sangre fría”, añadió Álves. Fortaleza tiene unos 17.000 niños marginados¹⁶.

1.2.2. México

Un estudio realizado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef – México) y el Gobierno de la ciudad de México registró unos 13.373 menores que viven y/o trabajan en la calle sólo en la capital de este país. Esto significa un incremento del 20 por ciento de 2002 a 2005 y representa un índice anual de crecimiento del 6,6 por ciento en el número de niños y niñas en esta situación. El citado estudio señala que la cantidad de menores creció y el fenómeno se generalizó en toda la ciudad. También aumentó la proporción de menores de 0 a 6 años que sobreviven en la calle junto a sus familias.

Los niños de la calle son, fundamentalmente varones, aunque el número de niñas se está incrementando notablemente. Su edad fluctúa entre los 5 y los 16 años, con algunas excepciones de jóvenes entre los 17 y los 20. Presentan una baja escolaridad (generalmente primaria incompleta) y algún grado de desnutrición.

Proviene de colonias y barrios urbanos marginales, cuyas familias, originalmente rurales, han migrado a la ciudad. En algunos casos los propios niños han emigrado sin su familia del

¹⁶ Ídem

interior de la república, principalmente de los estados del centro y sur del país¹⁷.

1.2.3. Perú

Un estudio realizado por Educa a instancias de Medicus Mundi entre 150 niños y niñas trabajadores entre 10 y 14 años que frecuentan colegios en zonas marginales de la capital de Lima evidenció que un 40 por ciento de ellos trabajaba de vendedor en la calle y un 46 por ciento utilizaba sus ingresos para ayudar en el hogar. Un 30 por ciento de los niños entrevistados gastaban sus ingresos en sus necesidades personales.

Aunque estos niños se vuelcan en su trabajo, no lo consideran más importante que la escuela, un 45 por ciento preferiría estudiar en el tiempo que actualmente emplea en trabajar y un 92 por ciento asegura estar decidido a continuar sus estudios secundarios. Aproximadamente, la mitad sueña con una carrera universitaria, de acuerdo al estudio realizado por la contraparte local de Medicus Mundi en Lima.

1.2.4. Bolivia

Los infantes de la calle se debaten entre la vida y la muerte. En un mundo donde no existe la tolerancia ni el respeto por la dignidad. Viviendo en los “torrantes”, sobreviven “macheteando” (robando o pidiendo limosna) y “haciendo pieza” (prostituyéndose). Niñas que

¹⁷ Ídem

son excluidas por la sociedad tan sólo por los prejuicios hacia su apariencia.

Muchas cicatrices del rostro narran heridas del corazón, pero asusta escucharlas cuando, además, esa cara se ve hinchada por el alcohol o su cuerpo viste andrajos. Así luce la gente que viven en las calles, ancianos, adultos, jóvenes y niños a quienes éstas robaron la infancia y que, ahora, tienen un alma tan vieja que es capaz de desgarrar sentimientos con sus historias. Varias niñas, con la cara envejecida por este tipo de “cicatrices”, relatan sus vidas para que no se las juzgue son antes calmarles el silencio obligado, son ejemplos palpables de la triste realidad que atraviesan más de cien millones de niños que se batan con la muerte en las calle del orbe.

La calle, mejor que la pobreza y el abuso, en Latinoamérica, en los últimos 20 años, el neoliberalismo ha condenado a convivir con la pobreza y la muerte a tantos niños como ningún otro mal y/o modelo económico – político en el mundo¹⁸. En Bolivia, a la par, este sistema consiguió que 313.529 niños/as y adolescentes se inserten en el mercado de trabajo en condiciones lamentables (datos del Instituto Nacional de Estadística). Muchos de ellos empiezan de esta forma a olvidar el sueño de la infancia y a sobrevivir en la pesadilla de las calle. No obstante, ésta no es la única causa, porque también hay otro modelo, que expresado en la violencia de género se ha tornado en cómplice de miles de atrocidades y ha obligados a muchas niñas a escapar de sus hogares. “Yo me escapaba de mi casa y me iba al árbol a dormir

¹⁸ STREINRLEGER José, El Reino de Herodes, 2008

para que mi padrastro no me abuse. Pero, cuando los vecinos le han avisado a mi mamá, ella me ha pegado y me ha dicho que era mi culpa, porque yo le había coqueteado a mi padrastro, y me ha dicho que me callara porque, sino, me iba a cortar la lengua. Yo de miedo me he callado hasta que un día me he escapado de mi casa”¹⁹. Investigaciones sociales señalan que una de cada cuatro infantes en el país es víctima de abuso sexual antes de cumplir los 18 años, sin embargo, muchas adolescentes, como la del testimonio anterior, jamás se animan a denunciar al violador, que incluso puede llegar a ser su propio padre, y resulta paradójico que cuando algunas lo hacen nadie le cree y, por si fuera poco, aparte son amenazadas y golpeadas por su progenitora. Más aún, siendo demostrada la relación sexual forzada, los familiares de la víctima transan con el agresor. Un ambiente de complicidad flagrante que tiene de a institucionalizarse en los juzgados donde, en repetidas oportunidades, las autoridades aceptan los argumentos descarados de los violadores, como de aquellos de “borracho estaba no me acuerdo”, o que ellas les provocaron, o que les dieron algo a cambio, o que la relación fue consensuada, o que las niñas ya tuvieron anteriormente otras experiencias sexuales²⁰.

Rompiendo silencios, es un documento producido por la Coordinadora de la Mujer y UNICEF en el año 2005, contiene atestaciones que demuestran esta vergonzosa situación. “Tuve relaciones sexuales con ella (su hija) en mi propio domicilio. Ella había sabido tener relaciones sexuales con otras personas. Quise

¹⁹ AYLLON SORIA Susana, Identidades Tatuadas, Fundacion La Paz, Bolivia, 2003.

²⁰ COREA, Cristina y LEWKOWICZ, Ignacio. “¿Se acabó la infancia? Ensayo sobre la destitución de la niñez”. Edif. Lumen Humanitas.

avisarle a mi esposa y ella me rogó que no lo hiciera. Además, no estaba segura si el hijo era para mí o para otra persona”. (Corte Suprema). El acuerdo al que arriban los parientes es evidente en las declaraciones judiciales que manejan las investigaciones enunciadas: “Sucede, señor Juez, que mi persona realizó una denuncia sobre violación de mi hermana (...) que habría sufrido por parte de mi cuñado (...) por tratarse de un pariente mío muy cercano (...) presentó desistimiento de toda acción legal conforme al art. 17 del C.P.P. (Código de Procedimiento Penal)”. El último párrafo confirma que las relaciones familiares y los arreglos económicos por resarcimiento de daños en función de las posibilidades reales que tiene el agresor frente a las expectativas económicas de la familia de la víctima. Y cuando en el caso están involucrados infantes de familias pobres, estos arreglos son privados, sin que intervengan juzgados ni abogados, mucho menos la opinión de la agredida, a la que sólo le queda elegir entre la calle o el suplicio de vivir con su verdugo. El desenlace suele ser tristemente obvio: una niña más en la calle: “Salí de mi casa a los doce años. Mi mamá vendía en el mercado y mi padrastro nunca estaba. De mi hermano me he escapado, él me violaba, Mi mamá sabía y nunca la ha dicho nada a nadie”²¹.

La niñez extraviada en los “torrantes”, “La gente nos mira otra clase, nos juzgan de putas... de cleferas, quieren que seamos como las otras chicas, pero nosotras hemos vivido otras cosas, por eso somos así y no entienden eso”. Cuando escapan de sus casas, muchas niñas caen del fuego a las brasas, pues ninguna se imagina el significado que el machismo le brinda al cuerpo de la

²¹ CALLA Pamela, et. al., Rompiendo silencios: Una aproximación a la violencia sexual y al maltrato infantil en Bolivia, La Paz, 2005.

mujer “de la calle”, “Es bien feo saber que lo que todos quieren es manosearte. A una mujer de la calle lo que más le piden es sexo”. Así, las/los infantes aprenden que tienen pocas opciones para sobrevivir en la calle. Dejan las ropas femeninas, la sumisión, el silencio y la fragilidad y se tornan agresivas, ruidosa al hablar, de movimientos sueltos y seguros; entonces, descubren cómo defenderse de los muchachos: “Yo me doy cuenta biencito cómo son los hombres, porque muchas veces yo igualito pienso y hago. Es que viviendo con ellos y en la calle eso también aprendemos”. También, la solidaridad entre ellas es otro mecanismo de defensa. Es que en la calle cada mujer necesita de las otras para sobrevivir, empero, esto no es tolerado por el orden imperante: “Cuando vamos a bailar, entre nosotras nos cuidamos. A veces una cae, ellos se la llevan adentro, grave le hacen, no sólo la violan sino la pegan, le rompen su ropa... por eso, cuando nos cuidamos entre nosotras, ellos nos gritan “cuida culos”.

Está claro que una vez dentro del mundo de la calle ya no hay retorno a la niñez, la única opción es sobrevivir, por lo que la primera tarea en ese afán es el de forjarse un techo. En La Paz, las “casas” de estos grupos de adolescentes olvidados pueden ser vistas en la gruta de Lourdes, en la avenida Periférica y del Poeta, en el Cementerio General, en Cotahuma... son construcciones de cartón y nylon que pueden ubicarse debajo de los puentes o en los embovedados, para contar con una aparente protección contra las inclemencias del tiempo. Estos sitios son llamados “torrantes”, donde, a veces, viven más de 30 chiquillos²².

²² Ibídem

El siguiente objetivo para la sobrevivencia, y el más difícil, es quitarse el hambre. Para cumplir éste, las niñas y los niños “machetean” (piden limosna o comida). Y en la noche, cuando el frío y la clefa surten efecto, salen a “ganar”, o sea, se convierten en delincuentes, “cubrereros”, “lanzeros” o “descuidistas”, tareas reñidas con la ley en las que son, generalmente, atrapadas por la Policía, pues por su estado cuasi inconsciente muestran torpeza en su accionar y no pueden huir. Algunas que ya tienen sus rostros “marcados” intimidan y asustan a la gente para que les regalen unos centavos. Y si las detienen los efectivos verde olivo no pasan más de una noche en celda, ya que sus delitos son considerados de bagatela. Pero, la sociedad exige un escarmiento para ellas y los policías son los llamados a aplicarlo, aunque, varias veces, de manera equivocada: “Cuando te detienen y te llevan a la Sucre (ex oficinas de la Policía Técnica Judicial), ellos te cortan la barriga y te dicen ‘ahora vas a tener una señal’. No les importa si te mueres, ellos dicen que una chica de la calle no vale la pena”.

Sobrevivir de la peor forma, las/los infantes de la calle saben que la prostitución es una forma de sobrevivencia mas vista y deplorable; pero ello poco importa, porque como dice el dicho: “Cuando el hambre aprieta, la vergüenza afloja”. “No es fácil vivir en la calle, una tiene que aprender a ‘ganar’ o ‘machetear’, si no, tienes que hacer ‘pieza’ (prostituirse). En este mundo callejero, las niñas u los niños, además de afrontar el rechazo de sus familiar, son víctimas del dominio de la clase (del rico sobre el pobre) y del dominio generacional (del adulto sobre la niña/o). De este último sobresale el proxenetismo guiado por mujeres mayores que

explotan a las menores y a veces, les enseñan a “pildorear” a sus víctimas.

“En la calle nadie me pagaba y podía defenderme, pero cuando empecé a hacer ‘pieza’ para sobrevivir conocí a una de las tías (proxeneta) que me conseguía clientes, ella empezó a explotarme”. De acuerdo con la investigación *Identidades Tatuadas*, la relación permanente con la calle, sea por trabajo o por abandono, hace que las/los adolescentes vayan ingresando paulatinamente en la vida ilegal, donde para sobrevivir el 100 por ciento aprende a robar y a pedir limosna, de ese total, el 20 por ciento aprende, además, a prostituirse ocasionalmente.

“Gracias por calmarnos el silencio” e “*Identidades tatuadas*” de Susana Aillón son dos de las pocas aproximaciones bibliográficas sobre esta problemática a partir del enfoque de género. Lo que se describe en las páginas de ambos libros es alarmante y desgarrador. Por ejemplo, se determina que las niñas de la calle son “marcadas” por sus padres al golpearlas y abusar de ellas, o que las “marcan” sus parejas y/o violadores para demostrar su propiedad a otras personas, o que las hieren las mismas mujeres del grupo por rivalidad o por envidia; y, finalmente, que son ellas las que se auto mutilan para expresar la invalidación que sienten de sí mismas.

La sombría realidad de estas menores es esculpida en sus cuerpos, sobre la base de golpes y desgarros. ¿Debemos, entonces, juzgarlas por sus cicatrices? “He vivido en la calle desde que era niña, he salido del alcoholismo, pero aún estoy en las calles y necesito trabajo. Los chicos de la calle a veces tenemos

marcas en la cara y la gente no nos quiere contratar, sin trabajo no nos queda más que volver al vicio”. Otro testimonio señala lo siguiente: “Lo peor que te puede pasar es que te corten la cara porque nunca más puedes salir de la calle. La gente no te deja salir, es como si hubieran muerto todas las oportunidades para ti”. ¿Ahora se las ve como son?

Se acostumbra ver a los niños de la calle como inhaladores de clefa o alcohólicos. Cuando se los aprecia como niños, su condición causa lástima y su futuro asusta. Pero, no sólo son niños, los que crecen en las calles, las niñas no son notadas sino hasta que son adolescentes o jóvenes. Y para entonces, a muchas de ellas les sucedieron mil atrocidades, simplemente por el hecho de ser mujeres. Algunas ya son madres y, por ello, la sociedad no sólo las juzga, sino también las sentencia. Cochabamba es un claro caso de esta actitud. En un operativo muy bien planificado, el 17 de febrero de 2005, la Policía y otras instituciones arrebataron a sus hijos a varios grupos de jóvenes alcohólicas y cleferas que vivían en parques y plazas de esa ciudad, se armó gran escándalo por el hecho.

La directora de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Cochabamba, Marcia Ustáriz, afirmó, mientras se realizaba este operativo, que no se podía admitir que los chiquillos vivan en esas condiciones porque no sólo ponían en riesgo su vida, sino su futuro. Finalmente, los grupos de cleferas quedaron en sus carpas de nylon más empobrecidas que nunca sin la compañía de sus vástagos, y se les recomendó adoptar la rehabilitación; mientras que a sus bebés que en su mayoría no sobrepasaban los tres años de edad, se los llevaron a un orfanato para esperar nuevas

familias. Esta situación se repite, pero con menos publicidad, en todo el país. La condición para que las mujeres adolescentes de la calle recuperen a sus hijos es que se restablezcan y consigan trabajo. Sin embargo, la rehabilitación de estas es muy difícil, y muchas instituciones no entienden ello, incluso es mucho más complicada que la de los varones.

Por ejemplo, la clefa y el alcohol son usados por ellas no sólo para no sentir frío y hambre en las calles, sino también son empleados para olvidar sus problemas y el pasado que las hizo mujeres de la calle. Usan el “vuelo” – como suelen llamar al hecho de drogarse con clefa – para no recordar que su padre alcohólico intentó violarlas, o para dejar atrás los recuerdos de cuando sus hermanos mayores las acosaban, hecho que su madre nunca les creyó cuando se lo contaron. Además, deben rehabilitarse de su historia en las calles, del recuerdo de su pareja que las marcó hiriéndolas en el cuerpo para mostrarles a otras personas que ellas son de su propiedad. O de su violador que se hizo su proxeneta y les cortó la cara cuando no le parte de los diez bolivianos que cobró por “hacer pieza” (prostituirse) con un borracho que terminó golpeándolas. Por sus hijos, o por decisión personal, estas niñas deben encontrar trabajo.

Las cicatrices de su cuerpo para la sociedad, son marcas que las delatan como callejeras, maleantes o prostitutas. Ésta es la forma en que se las juzga, pues se las considera el testimonio vivo de la pobreza que amenaza constantemente a la gente. ¿Cómo esperar que ellas consigan trabajo si se las juzga de esta forma? Con lo poco bueno que han aprendido en las calles o en las pocas instituciones para niñas de la calle ¿Qué futuro les puede esperar?

¿Cómo van a recuperar a sus hijos e hijas si la única forma de supervivencia que han aprendido es robar o vender empanadas en las calles? Con las niñas de la calle se abre una nueva forma de feminicidio que implica la muerte social por el sólo hecho de ser mujer y haber nacido pobre.

CAPÍTULO II

INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA Y JURÍDICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO RELACIONADO CON LA GUARDA Y TUTELA A CARGO DEL ESTADO

CAPÍTULO II

INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA Y JURÍDICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO RELACIONADO CON LA GUARDA Y TUTELA A CARGO DEL ESTADO

2.1. LA TUTELA EN LA DOCTRINA DEL DERECHO

En sentido genérico la Tutela *“Es toda suerte de protección, amparo, defensa, custodia o cuidado y dirección de personas o intereses”*²³.

Según Sonia Soto existen los siguientes tipos de Tutela, mismos que son recogidas por la legislación familiar.

- a) Tutela testamentaria: es la que el padre póstumo, a través de testamento, señala la persona tutor del hijo, la legislación boliviana reconoce este tipo de designación en el artículo 290 del Código de Familia.
- b) Tutela Voluntaria o Volitiva: es la ejercida por cualquier miembro de la familia ampliada o entorno familiar, y es considerada por D' Antonio Daniel como tutela legítima, pues la ley confiere a determinados parientes la tutela basándose en la proximidad del vínculo, circunstancia que permite suponer una mayor idoneidad²⁴. De igual

²³ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Argentina, 23ª Edición, Editorial Heliasta, 1994, pág. 559.

²⁴ D' Antonio, Daniel Hugo, Derecho de menores, Argentina, editorial Astral, 1986, pág. 247.

forma, este tipo de tutela es considerada dentro de la legislación boliviana entre ascendientes paternos o maternos y parientes colaterales de acuerdo al interés del niño en el artículo 291 del Código de Familia.

- c) Tutela Dativa, como función de interés público ejercida por personas que elige el Juez y de la que nadie puede eximirse sino por causa legítima D' Antonio, señala que procede cuando no existe designación del tutor ni por testamento ni parientes llamados por ley²⁵. Dentro de la legislación boliviana el Artículo 292 del Código de Familia reconoce a un tercero allegado, un amigo de la persona o de la familia, según el interés del niño, por otra parte, contempla la naturaleza y obligatoriedad de este cargo estableciendo a través del artículo 247 del Código de Familia que nadie puede ser dispensado de él sino por causa establecida por ley.
- d) Tutela Superior, que es la función pública ejercida por el Estado para el cuidado, defensa y protección de niños, niñas y jóvenes que no se encuentren sujetos a tutela Paterna – Materna ni a tutela ordinaria.

De igual forma existiendo una regulación específica sobre este tipo de Tutela dentro del Código del Niño, Niña y Adolescente, el Código de Familia reconoce el ejercicio de ella mediante la cooperación de la administración pública de acuerdo a sus propios fines, sin reconocer el texto la obligación que es propia del ejercicio de dicha tutela.

²⁵ D' Antonio, Daniel Hugo, Derecho de menores, ob.cit. 248.

2.1.1. Tutela Ordinaria como Medidas de Protección Familiar Frente al Abandono

La tutela es una institución del Derecho de la Niñez que tiene por finalidad dotar de un responsable investido de representatividad a un niño no sujeto a patria potestad²⁶, por su parte Planiol y Ripert establecen que la tutela es “la función jurídica confiada a una persona capaz, asignada al cuidado de la persona de un incapaz y a la administración de sus bienes”²⁷.

De las definiciones anteriores se establece que existe correlación entre la tutela y patria potestad, pues es una segunda institución protectora, donde se encuentran deberes delimitados. La nota distintiva de la tutela es que se trata de una institución protectora subsidiaria o supletoria a la patria potestad. El ejercicio de derechos y deberes de esta institución son personalísimo, intransferible y no puede ser excusado sin causas suficientes.

Por lo que la tutela ordinaria, es como una institución jurídica, que en su normalidad se ejerce dentro de la familia ampliada, es decir abuelos, tíos, hermanos mayores, así como terceras personas. Con la ausencia o imposibilidad de los anteriores, implica administración de bienes y deber de guarda, es de carácter definitivo, salvo que se transgreda las normas del ordenamiento jurídico que regulan las obligaciones de dicha institución.

²⁶ D' Antonio, Daniel Hugo, ob.cit. 241.

²⁷ MORALES GUILLEN, Carlos, Código de Familia comentado y concordado, Bolivia, 1990, pág. 670.

2.1.2. Tutela Superior o Tutela del Estado frente al Abandono

Cafferata sostiene que la Tutela Superior es la función proteccional que asume el Estado, respecto de los niños que no reciben la educación y el cuidado a que tienen derecho para lograr el desarrollo integral de su persona ya que carecen de padres o tutores, porque estos están imposibilitados de cumplir con la trascendental misión, porque los han abandonado, puesto en situación de peligro material o moral u observan una conducta que lejos de favorecer le ponen en peligro²⁸. Para Zannoni, la Tutela del Estado es la función que incumbe al Estado de ejercer directamente los poderes jurídicos necesarios para asumir la asistencia, educación, guarda y representación jurídica de los niños que carecen de representantes legales o que aún teniéndolos, se halla en situación de peligro²⁹.

“La función jurídica protectora y subsidiaria que ejerce el Estado sobre la niñez y adolescencia que atraviesa abandono o se encuentra en situación de peligro que permite asegurar el goce de sus derechos y concretar su desarrollo integral”.

En consecuencia, la Tutela es una institución de protección de niños no sujetos a patria potestad, que admite según la clasificación, una función proteccional que puede estar encomendada a un particular sea un familiar, un tercero o puede ser asumida por el propio Estado mediante los órganos instituidos para ese fin.

²⁸ D' Antonio, Daniel Hugo, ob.cit. 301.

²⁹ D' Antonio, ibídem.

CUADRO Nº 1 CONCEPTO DE TUTELA DEL ESTADO

DISPOSICIÓN LEGAL	CONCEPTO DE TUTELA DEL ESTADO
1966 Código del Menor	El Estado ejerce la Tutela de huérfanos y abandonados por medio del Consejo Nacional del Menor (CONAME), es delegable.
1975 Código del Menor	El Estado ejerce la Tutela de los menores abandonados y huérfanos absolutos por intermedio de la Dirección Regional del Menor (DIRME), es indelegable y se sujeta a las disposiciones del Código de Familia salvo de ofrecer fianza por la administración de los bienes.
1992 Código del Menor	Es la que ejerce exclusivamente el Estado en relación a menores no sujetos a Tutela Ordinaria y que se encuentren en situación de riesgo, es indelegable y se ejerce por medio del Organismo Nacional (ONAMFA) con sujeción al Código de Familia.
1999 Código del Niño, Niña y Adolescente	Dentro de sus disposiciones hace una distinción sobre entre tutela ordinaria y tutela superior. La Tutela Superior señala que es deber del Estado ejercer la Tutela para asumir la asistencia, educación, guarda y representación jurídica de los niños, niñas y adolescentes huérfanos, carentes de la autoridad de los padres y que no estén sujetos a tutela ordinaria, es indelegable y se ejerce por la instancias técnica especializada. Con sujeción al Código de Familia salvo de ofrecer fianza por la administración de bienes.

Fuente: Legislación Nacional. Elaboración propia.

El cuadro N° 1 expone los conceptos que da la legislación boliviana sobre la tutela del Estado a Tutela Superior, donde se advierte que la obligación del Estado surge cuando el entorno familiar no constituye un medio de protección para el niño abandonado, admitiendo para el efecto una instancia especializada para que ejerza dicha tutela.

2.1.3. Tutela Superior como Medio de Protección Institucionalizador bajo la influencia de la Doctrina de la Situación Irregular.

Hasta la década de los años 80 imperó en América Latina la Doctrina de la Situación Irregular aplicada a la problemática de la infancia y adolescencia. Esta doctrina parte de que el problema está en el niño o adolescente, no en la familia, ni en la sociedad y las relaciones que se dan en la misma.

Si bien el término menor jurídicamente significa persona que no ha llegado a la mayoría de edad, en la práctica éste término estaba cargado de un contenido estigmatizante, ya que significaba abandonado, egresado de un reformatorio u orfanato, infractor, delincuente.

La expresión **menor en situación irregular**³⁰, según Sajón comprende las seis hipótesis siguientes:

1. Menores privados de condiciones esenciales para su subsistencia, salud e instrucción obligatoria, como consecuencia

³⁰ SAJON Rafael, et. al. Menores en situación irregular: aspectos socio legales de su protección, Montevideo: O.E.A., Instituto Interamericano del Niño, 1973, págs. 61-62.

- de faltas manifiesta imposibilidad para proveerlas u omisión de los padres o responsables.
2. Víctima de malos tratos o castigos inmoderados impuestos por los padres o responsables.
 3. En peligro moral o por encontrarse en ambientes contrarios a las buenas costumbres o si fuesen explotados por terceros en actividades contrarias a las buenas costumbres.
 4. Privados de representación legal por la falta eventual de los padres o responsables.
 5. Por desvío de conducta como consecuencia de grave inadaptación familiar o comunitaria.
 6. Autores de infracción penal.

El tratamiento indiferenciado de menores abandonados delincuentes es la piedra angular de la Doctrina de la Situación Irregular, dentro de un marco jurídico que legitima la intervención estatal discrecional sobre la suerte de los **menores**.

De acuerdo a Eliana Roca³¹, Guillermo Dávalos³², Emilio García Méndez³³ y Edsón Seda³⁴ la esencia de esta doctrina se concentra en los siguientes aspectos:

- a) Se presupone la existencia de una división al interior de la categoría infancia. **Niños y adolescentes con necesidades básicas satisfechas y menores con necesidades básicas**

³¹ ROCA Eliana, Primer curso de especialización en el derecho de la niñez y adolescencia. Bolivia. Offset. Boliviana. "EDOBOL". 1996, págs. 85.

³² DÁVALOS VERA, Guillermo, Niño, adolescente. Aspectos Psicosociales de la adopción. Bolivia. Offset Boliviana Ltda. "EDOBOL". 1997, pág. 41.

³³ GARCÍA Méndez, Emilio, Derecho de la infancia – Adolescencia en América Latina, Colombia. Gente nueva, 1994, pág. 21.

³⁴ SEDA Edson, Índice Latinoamericano de Leyes y Normas, Brasil, 1996, pág. 90.

total o parcialmente insatisfechas. En consecuencia las leyes son exclusivamente de y para menores, que comúnmente son aquellos excluidos de la escuela, la familia, la salud, etc.

- b) Prácticas sistemáticas de **compasión – represión**, despojadas de cualquier tipo de garantía disponen las tempranas declaraciones de estado de abandono hasta la institucionalización coactiva, es decir, el poder de decisión en la figura del Juez de menores es discrecional.
- c) Se construye una instancia específica de control y socialización. Tribunales de Menores.
- d) Se **criminaliza la pobreza**, partiendo del supuesto que debido al abandono y la condición socio económica llegarían a ser individuos peligrosos, malos e irregulares, por lo que se los debe restablecer para que no dañen a la sociedad, disponiendo internaciones que constituyen plena privación de libertad.
- e) Construcción sistemática de una semántica eufemística que condiciona el funcionamiento del sistema a la no verificación real de sus consecuencias. Ejemplo: “En América latina existen fabulosas legislaciones pero no se aplican”³⁵.

Para ésta doctrina el **menor** es un ser incapaz, el niño goza de derechos pero no los puede ejercer por si sino a través de terceros – padres – autoridades, y por lo tanto se los considera como sujeto de protección.

³⁵ EUFEMISMO: Delicadeza o intención al expresarse, para referirse con decoro a hechos o dichos crudos, resbaladizos, malsonantes, deprimente, ofensivos o muy desfavorables. (Diccionario Enciclopédico de Derecho usual Cabanellas. Editorial Heliasta. 1979. Pág. 254.

El carácter antijurídico de las legislaciones minoristas de la Doctrina de la Situación Irregular³⁶, se basa en tres corrientes de naturaleza diversa, las mismas que tienen como característica la disposición del menor a través de la aplicación de un sistema de protección vía judicial, gubernamental y no gubernamental.

- a) El conservadurismo jurídico corporativo. Esta corriente se encuentra fundamentada en las expresiones de deseo contenidas en la ley; construidas sobre eufemismos. Lo que daba lugar a que el Juez actúe como buen padre de familia permitiéndose ignorar las reglas y técnicas de derecho, así la acción de un buen Juez subsanaría todos los defectos normativos desconociendo el derecho del niño que debía ser precautelado.
- b) El decisionismo administrativo. Esta posición parte de un mero cálculo político coyuntural, el mismo se apoya en el supuesto de que la mayor eficacia y poder de acción directa se encuentra en la esfera administrativa, desprovista de trabas propias del sector judicial. Este sistema es típico de organismos gubernamentales responsables de la ejecución de programas y políticas de protección especial.

La instancia administrativo-ejecutiva, marca sus actitud condicional a partir de los años 50 desde la transferencia de instituciones asistencialistas a cargo de la iglesia a manos de la esfera pública estatal, sosteniendo prácticas que mantienen el status quo jurídico de la niñez, convirtiendo en menor a todo niño sujeto de su

³⁶ GARCÍA Méndez Emilio, ob.cit. pág. 44.

protección y de una subestimación del vínculo entre la condición material y jurídica de la infancia.

- c) El basismo de la atención directa. La tendencia típica de algunas organismo no gubernamentales que trabajan de forma directa con la infancia, sobre todo con aquella en mayor situación de riesgo, ignorando la importancia de la ley como instrumento esencial para la reproducción de mejores experiencias concretas para trabajo directo con niños.

Las políticas de atención se aplicaban en forma sectorial, es decir a niños trabajadores, abandonados o infractores, sin considerar la condición de pobreza en que viven la mayoría de ellos, los efectos perniciosos que impide su desarrollo integral, surgiendo la **protección institucionalizada**; de ahí que adquiere el carácter de política de control social menor abandonado – antisocial – delincuente, derivando, en un modelo asistencialista, paternalista, correctivo y autoritario, que dirige su atención a los efectos y no a las causas.

En síntesis, las políticas sociales aplicadas bajo la Doctrina de la Situación Irregular se caracterizaron por su cobertura parcial, el establecimiento de mecanismos de control sobre los llamados **menores**, bajo el erróneo concepto de Tutela del Estado sobre la persona de los niños en el aspecto físico para sustituir a las familiar en lugar de garantizar el derecho de las mismas.

2.1.4. La institucionalización como medio de protección al niño abandonado

La ausencia de los padres o de los sustitutos es una vivencia dolorosa para el niño porque implica una pérdida de la relación afectiva con las primeras y más significativas personas en su vida. Este vacío profundiza heridas de la afectividad, la falta de satisfacción de la necesidad de amor y sella negativamente la vida de los niños y será causa de muchas malas actitudes y comportamientos posteriores³⁷.

El abandono, psicológicamente refiere, a la inexistencia del vínculo afectivo y la negación del amor, representado para el niño una agresión en todas las aéreas de su desarrollo.

Frente al abandono, la carencia de un vínculo afectivo y el riesgo en el desarrollo del niño, la intervención pública está justificada para completar o suplir la vida familiar deficiente o inexistente, las medidas deben tender a asegurar la protección del niño mediante un equilibrio físico, mental y afectivo³⁸.

Sin embargo, las respuestas que muchas sociedades dan – independientemente de su grado de desarrollo- al problema del abandono es la institucionalización en centro de protección, es decir el internamiento de niños y jóvenes³⁹. Para la UNICEF ésta respuesta fue y sigue siendo, con pequeños variantes, un

³⁷ PEREIRA, María Nieves, El niño abandonado. Perú. Hastra. 1991, pág. 28.

³⁸ PEREIRA, María Nieves, ob.cit. pág. 29.

³⁹ ESPERT, Francisco, Unicef, Bogotá Año 1989. Citado en RONCANCIO David, GAITAN Leonor: "La pedagogía del amor y la ternura en menores en circunstancias especialmente difíciles" Universidad Pedagógica Nacional. Bogotá. <http://www.ikhthus.org/Docs/Tesis.pdf>.

mecanismo de tratamiento en la sumisión a normas como fin y no un proceso de socialización adecuado.

Desde el punto de vista psicológico, independiente de que las instituciones logren o no suplir el ambiente familiar, lo importante es cómo se enfrenta la falta de afecto en lo más íntimo y personal de la niñez. Si bien las instituciones surgen como una necesidad frente a niños que se encuentran sin hogar, su práctica se caracteriza por atender en forma masiva y despersonalizada a los niños que ingresan, desconociendo que el desarrollo mental y afectivo se da en un grupo reducido como es la familia.

De acuerdo a estudios realizados por María Nieves Pereira⁴⁰, en la evolución posterior al internamiento de niños en instituciones, éstas no se desprenden de su carácter artificial puesto que produce los siguientes efectos:

- 1. Exceso de adaptación**, el niño debe adaptarse tan bien a la vida dirigida y a las condiciones de existencia institucional que las iniciativas y responsabilidades pertenecen a una persona, en un ambiente cerrado y hecho a medida.
- 2. Inadaptación a antiguos ambientes**, el niño no se adapta a ambientes como son la familia, el barrio, pues son frágiles en su nueva libertad, de ahí que encontrando todo hecho y resuelto, el niño adquiere el hábito de pedir sin dar, eliminando en sí la vivencia del esfuerzo propio y por lo tanto la valoración de lo conseguido.

⁴⁰ PEREIRA, María Nieves, ob.cit. pág. 50.

3. Masificación, el niño deja de ser un concepto para convertirse en un número, por lo que actuará sin sentirse llamado a una responsabilidad particular. En la institución el binomio autoridad-amor de la familia pasa a ser autoridad-orden; las relaciones con los hermanos dejan lugar a los compañeros y el hogar se sustituye por la disciplina.

Según Goffman⁴¹, cuando un niño ingresa a un hogar debe renunciar a su historia, a su forma de hablar, su cultura, su rutina de actividades en pocas palabras se despoja del concepto de sí mismo.

De acuerdo a la institución Infante los efectos que produce la institucionalización trascienden el ámbito psicológico, para mostrar otros efectos en la sociedad expresados en el modelo autoritario, que ocasiona actitudes de sumisión ante los más fuertes y de dominación ante los más débiles, y reproducen a futuro modelos de familias incapaces de sostener a sus hijos y facilitar su formación como sujetos propositivos.

La institucionalización por los efectos colaterales que impiden una solución de fondo y que además afectan la relación del niño con la sociedad en general y tiende a repetir la situación de abandono, dando lugar al clientelismo institucional y al asistencialismo.⁴²

a) Clientelismo Institucional; significa que las instituciones crean usuarios de su propio sistema, niños que han sido atendidos en

⁴¹ GOFFMAN Erving: "Instituciones". Título Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales. Editor Amorrortu, Buenos Aires, 1992, pág. 78.

⁴² UNICEF, Análisis de situaciones de menores en circunstancias especialmente difíciles, Editorial Nueva Gente, Colombia. Año 1989.

una casa cuna pasan a un hogar infantil, luego a un hogar juvenil y finalmente a un centro de rehabilitación o a la cárcel.

- b) Asistencialismo;** se refiere al hecho de que la institución atiende a los niños pero a la vez no permite que el niño, su familia y la comunidad encuentren alternativas. “La institución trabaja para la institución misma”.

2.1.4.1. La Institucionalización en Bolivia

De acuerdo a la investigación “Los menores en Bolivia... ¿Sujetos Sociales hoy y mañana? Elaborada por la Institución San Gabriel⁴³, se tiene una descripción de la institucionalización de niños y adolescentes en la ciudad de La Paz. En dicho estudio se establece que la vida de un menor institucionalizado es la muestra en general de los menores que existen en el país.

Según el estudio, los efectos que se observan en esta población son trastornos de la personalidad relacionados a carencias afectivas por falta de cuidados individuales.

Con relación a la estructura familiar de los menores institucionalizados, se tiene que sólo una pequeña parte de ellos mantiene relaciones con sus familias y el resto rompe sus lazos a causa de la institucionalización no es la última medida pero es la más frecuente dando lugar a que los padres depositen su responsabilidad en las instituciones sin

⁴³ Fundación San Gabriel, Los menores en Bolivia... ¿Sujetos sociales, hoy o mañana?, Bolivia. 1991.

considerar los aspectos negativos. Los anterior se acentúa, ya que son las mismas instituciones las que permiten el alejamiento o rompimiento de vínculos familiares. De acuerdo a estos antecedentes se establece que debido a este modelo se puede considerar que las instituciones fomentan el abandono y la ruptura de los lazos familiares.

De acuerdo al mismo estudio, las instituciones no brindaban un modelo que permita un desarrollo integral, afectando particularmente los aspectos relativos a la constitución de la identidad, proyección, consolidación de un proyecto de vida y un adecuado nivel de autovaloración. Entre las razones que no posibilitan un modelo de desarrollo integral se tiene:

- Permanencia en un mismo lugar
- Bajo una misma autoridad
- Sujetos a un mismo horario sin posibilidad de constituir espontáneamente sus relaciones de pares o grupales.
- Existen grandes dormitorios donde podían caber más de 10 personas.
- Aulas de estudio que indican una educación masificada.

Estas características dieron lugar a percibir que el entorno institucional podía brindarle sólo un tratamiento masificado.

Para los hogares el personal tenía una mínima importancia, lo que significaba:

- Una persona con buena voluntad y compromiso puede llevar a cabo esta tarea.

- La formación que reciben en otras disciplinas son suficiente aval para guiar un programa educativo.
- El transcurso del tiempo es suficiente para llevar a cabo esta labor.

Según Mendizabal Osés⁴⁴, las huellas que estos ambientes institucionales imprimen en los niños acogidos son muy profundas y crean seres con retraso emocional e intelectual. La creación de instituciones bajo un régimen no masivo, que con las naturales limitaciones, deberán de dirigirse fundamentalmente a establecer la relación que ligue al menor con la familia.

2.1.5. Tutela Superior como Medio de Protección de Derechos bajo la influencia de la Doctrina de la Protección Integral

Los autores referidos como Mendizábal Osés, D' Antonio Daniel, Moura Rezende, Cillanueva Magdalena, citados por Sajón, Bluske de Ayala y otros critican la Tesis de la Situación Irregular porque consideran que ésta reduce el derecho del niño a las situación de irregularidad, prevención y tratamiento.

Las Naciones Unidas elaboran concepciones más humanas y dignas para las personas en las primeras etapas de desarrollo (niños y adolescentes), es así que se da lugar a la “**Doctrina de la Protección y Desarrollo Integral**” llamada también “**Doctrina de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de la**

⁴⁴ MENDIZÁBAL OSSES, Luis, Derecho de menores, Madrid, Pirámides, 1987, pág. 151.

Infancia”. La misma manifiesta la ambición de la humanidad para mejorar la condición de vida de la niñez, mediante la ambición de la humanidad para mejorar la condición de vida de la niñez, mediante un esfuerzo articulado del mundo jurídico, políticas gubernamentales y los movimientos sociales. Contiene 54 artículos en lo que garantiza derechos sociales, económicos, civiles y políticos en base a cuatro pilares fundamentales como son: el derecho a la supervivencia, desarrollo, protección y participación⁴⁵.

Esta doctrina da un giro radical en la nueva concepción de la niñez y adolescencia, reconociéndoles como titulares de todos los derechos, con la capacidad de ejercerlos por sí mismo, el artículo 5.- de la Convención, es vital para entender el nuevo modelo de niño y adolescente que se concibe ya no como depositario de un derecho que se encuentra en suspenso hasta que alcance la mayoría de edad, sino como titular pleno de derechos y su ejercicio ésta en función de su edad y de su desarrollo, las únicas restricciones son las impuestas en base al respecto del derecho ajeno⁴⁶.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño es considerado un hito en la historia de la condición jurídica de la infancia, rompe con la anterior doctrina y se convierte en un instrumento eficaz para la defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todo niño y adolescente, además se

⁴⁵ SOTO RÍOS Nancy Sonia, Primera encuesta nacional de adolescentes y jóvenes, Unicef, Bolivia, 1995, pág. 104.

⁴⁶ Para mayor referencia ver Artículo 5 de la Convención Internacional de los Derechos del niño.

constituye en la fuente y mecanismo esencial de una nueva Doctrina, la Protección Integral⁴⁷.

Para Cillero Brullon⁴⁸ la Convención Internacional de los Derechos del Niño establece que los derechos de la infancia son complementarios y no sustitutivos de los mecanismos de protección de los derechos reconocidos a toda persona, es así que el análisis histórico jurídico revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general⁴⁹.

Con el término de Doctrina de la Protección Integral se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia, tomando como antecedente directo de Declaración Universal de los Derechos del Niño, así mismo condena esta doctrina cuatro instrumentos jurídicos básicos:

- *La convención Internacional de los Derechos del Niño*
- *Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil.*
- *Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los jóvenes Privados de Libertad.*
- *Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de Delincuencia Juvenil.*

⁴⁷ GARCÍA Méndez Emilio, ob.cit.

⁴⁸ CILLERO BRULLON, Miguel, Infancia ley y democracia en América Latina, Argentina, Temis, De Palma, 1998, pág. 69.

⁴⁹ Para mayor referencia ver Artículo 5 de la Convención Internacional de los Derechos del niño.

De esta forma la doctrina de la protección integral basada en la legislación internacional se caracteriza por:

- a) Constituir un instrumento para el conjunto de la categoría infancia-adolescencia y no solo para aquellos en circunstancias de abandono. Los derechos alcanzan a todo niño y adolescente sin discriminación asegurando el principio básico de igualdad jurídica ante la ley.
- b) Jerarquizar la función judicial asumiendo la figura del Juez para dirimir conflictos de naturaleza jurídica.
- c) Desvincular la situación irregular de niños y adolescentes, se los considera más bien víctimas de políticas públicas y son estas las que se encuentran en situación irregular.
- d) Considerar a la infancia como sujeto pleno de derecho
- e) Incorporar explícitamente los principios constitucionales relativos a la seguridad de la defensa, así como principios básicos del derecho contenidos en la Convención Internacional, en el caso de adolescentes infractores.
- f) La tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares reconociéndose explícitamente que la internación o la ubicación institucional, según consta en las reglas de Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, constituye una verdadera formal privación de libertad.

La importancia de la Convención, no sólo es de carácter estrictamente jurídico, sino que es el instrumento que tiene el mérito de llamar la atención tanto de movimientos sociales como de políticas públicas dentro del proceso de lucha para mejorar las condiciones de vida de la infancia y la adolescencia, pues, frente a su nueva condición jurídica se refleja una difícil condición material. Por lo que de acuerdo al alcance, contenido y espíritu de la Convención se puede establecer su influencia de la siguiente forma:

- a) Aspecto Jurídico; la Convención introduce la obligatoriedad de respeto a todos los principio jurídicos básicos, ausentes en las legislación minoristas latinoamericanas basadas en la doctrina de la situación irregular del menor, considerando la transición de **menores** como objeto de compasión – represión, a la de infancia – adolescencia como sujeto pleno de derecho.
- b) Las Políticas gubernamentales; a partir de la percepción no eufemística del niño como sujetos de derechos, y la libertad de expresar libremente sus opiniones, replantean el concepto de políticas gubernamentales las que poseen el derecho y obligación de expandirse y profundizarse, en base al interés superior del niño, de esta forma se obliga a las autoridades gubernamentales aplicar políticas públicas con una verdadera articulación de esfuerzos entre el Estado y la sociedad civil, la misma que a través de la participación de la sociedad se constituye la verdadera síntesis de la concreción de derechos.
- c) Los organismos no gubernamentales; el carácter jurídico de la Convención Internacional pone en evidencia la relación entre la condición material de la infancia y la condición jurídica, por lo que

la ley es demasiado importante como para que no sea preocupación y tarea del conjunto de la sociedad.

Para Lyotard, citado por Sillero Brullon, la Convención de los Derechos del Niño, representa un consenso de diversas culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos como:

- Los derechos y los deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños.
- Políticas Públicas dirigidas a la infancia.
- Límites al intervencionismo del Estado y la protección del niño a toda forma de amenaza y vulneración a sus derechos fundamentales.
- La obligación de los padres, órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

Con relación al tema de investigación la Convención representa un esquema de comprensión de la relación de un niño con el Estado y las políticas sociales; y además la Convención opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir de derechos y deberes recíprocos.

Frente a la concepción de niños como sujetos de derechos **el Estado se convierte en protector de personas con derechos**. En el viejo modelo se entendía que el Estado tutelaba a la persona de los niños y adolescentes, cuando sus padres no podían ejercer su tutela, de esa forma los niños no pasaban de ser objeto de la voluntad de los padres o de los que representan

al Estado, por eso los niños eran enviados a instituciones del Estado para que de esa forma se reemplace al padre o madre.

De ello se ve identificado a un sistema que vulneraba el derecho a vivir en la familia y en comunidad, a la libertad y a la intimidad, a la dignidad y a no ser discriminado, la razón era que se consideraba que los niños no eran capaces, no eran sujeto de derecho, ni eran autónomos en relación a sus padres o en relación al Estado con el sistema de la Doctrina de la Protección Integral que se pretende concretar la protección de los niños y adolescentes a partir del cumplimiento de sus derechos a través de un sistema multiparticipativo y superar la situación irregular.

De acuerdo a Edson Seda⁵⁰, si bien a partir de la Doctrina de la Protección Integral el garantizar los derechos se da a través del Estado que tiene el deber de dar cumplimiento a todos y a cada uno de ellos, en caso de no garantizarlos y de producirse la amenaza o violación de los derechos existen dos consecuencias que debe asumir.

1. El deber de cesar la amenaza o violación
2. El deber de reparar el daño eventualmente practicado.

Si bien en la vieja doctrina de la situación irregular, el deber del Estado se organizaba a través de estructuras **institucionalizadoras** para iniciar una acción sobre niños amenazados y violados en sus derechos, en aplicación de la nueva doctrina se debe organizar estructuras desburocratizadas

⁵⁰ SEDA Edson, ob.cit., pág. 80.

que permitan hacer posible la protección integral a niños y adolescentes a través de la comunidad en que viven, y en el caso de amenaza o violación es hacia los servicios públicos que deben volverse las acciones, las mismas que deben evitar la pérdida de sus relaciones con sus responsables y de la misma forma evitar el alejamiento de su comunidad.

Según la UNICEF⁵¹, la protección institucional presenta características bien definidas y constatadas, alta costo per cápita, baja cobertura, estableciéndose una manifiesta discrepancia entre costo – beneficio, por lo que sus programas tienden a un movimiento de apertura institucional donde se recomienda que aquellos niños que atraviesan por abandono, maltrato, peligro, mora y orfandad deber ser atendidos mediante métodos alternativos con apoyo de la comunidad y sólo someter a un proceso de internamiento a aquellos que presentan graves problemas de conducta en grupos no mayores de 30 personas.

De acuerdo con estos criterios la UNICEF propone modificar los criterios tradicionales respecto de la institucionalización tomando en consideración los derechos de los niños.

De acuerdo a Edson Sêda⁵² frente a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el compromiso de los Estado es de crear servicios públicos, y paralelamente estructuras sociales con la finalidad de garantizar los derechos reconocidos como exigibles para los niños, lo que implica que las políticas públicas garantizarían estos derechos, si la insatisfacción de los derechos

⁵¹ UNICEF, Análisis de situaciones de menores en circunstancias especialmente difíciles, ob.cit.

⁵² SEDA Edson, ob.cit., pág. 88.

se debe a que los servicios públicos no funcionan o funcionan mal, el que se encontraría en situación irregular sería el Estado. De esta forma la Convención Internacional de los Derechos del Niño, reconceptualiza el rol de las políticas, en base al hecho que la modificación de las disposiciones legales referidas a “menores” no sólo expresa un salto cualitativo en el contenido de las mismas sino la aplicación de derechos en forma igualitaria a través de la institucionalización jurídica de políticas públicas orientadas al conjunto de la niñez y adolescencia, estableciendo una nueva relación entre la sociedad y el Estado y un nuevo rol para el individuo en la comunidad y su interacción en la sociedad, abandonando el paternalismo y fomentando la responsabilidad ciudadana, ya que no sólo las personas deben ser objetos de políticas sino sujetos de reformas sociales para la aplicación de las mismas.

Para Guillermo Dávalos⁵³, la política social dirigida a la infancia considera la participación y la integralidad pero más que componentes definen el carácter que ellas deben tener, y eso es posible si las acciones están orientadas a promover en la concepción y conducta estatal y social, que en el mejor de los casos consideró al niño o adolescente objetos de medidas judiciales o de políticas paternalistas, de ellos se desprendería que el Estado, la comunidad y la familia se convertirían en un medio para priorizar la efectivización de los derechos de los niños promoviendo políticas de prevención y de atención.

⁵³ DÁVALOS VERA, Guillermo, ob.cit.

A partir del marco doctrinal de la protección integral en la aplicación de políticas sociales para la infancia se debe considerar dos aspectos:

La participación; que debe ser considerado como el espacio de esfuerzos de las instituciones, familia y de la comunidad buscando el protagonismo de los propios niños o adolescentes como sujetos sociales con identidad y derecho propio.

La integralidad; porque los problemas sociales deben abarcarse desde la causa, forma y elementos consustanciales.

Por lo que de la mismo forma señala que incorporar estos conceptos en la aplicación de políticas para la niñez y adolescencia lograrían que los niños y adolescentes sean reconocidos como sujetos sociales cuya participación y protagonismo sobre las decisiones de su vida presente y futura esté garantizadas por el Estado y la sociedad, no sólo por su condición peculiar de personas en etapa de desarrollo y por ser sujetos de derechos legítimo, sino por su contribución al desarrollo económico y social del país.

2.1.5.1. El Interés Superior del Niño como Base de la Doctrina de la Protección Integral

Según Miguel Sillero Brullon⁵⁴ la base de la aplicación de la nueva normativa es el **interés superior de los niños**, el mismo que corre el riesgo de estar sujeto a múltiples

⁵⁴ CILLERO BRULLON, Miguel, ob.cit., pág. 70.

interpretaciones, sea de carácter jurídico, como psicosocial, sin embargo la interpretación de su contenido debe estar al margen de la discrecionalidad de las autoridades que debilitan la tutela de los derechos que la propia Convención consagra, ésta limitación tiene la finalidad de otorgar una amplia tutela de los derechos es un marco de seguridad jurídica.

Así lo establece el artículo 3.- de la Convención. *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas a los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Sin embargo, en algunas legislaciones pre Convención o Post Convención no se asumió plenamente el enfoque de los derechos, pues la interpretación del interés superior queda encargada a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito de la protección y control de la infancia. Desde la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable y pasa a ser un principio garantista – principio que limita la discrecionalidad de las autoridades respecto de los derechos de los niños y garantía por que es el vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los derechos subjetivos que obliga a toda autoridad, abandonando el paternalismo.

El Interés Superior del Niño **es la plena satisfacción** de sus derechos, pues el contenido pasa a estar mediado por lo “Declarado Derecho”, de la misma forma todo lo “Declarado Derecho”, puede ser “Interés Superior del Niño”⁵⁵. Por tanto, el ejercicio de la autoridad se orienta y limita a la efectivización de los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando la autonomía del ejercicio de los derechos del niño y su participación en todos los asuntos que le afecten.

Un eje de la Convención es la regulación del niño familia y su particular del niño-padre, de esta forma la responsabilidad parental es la orientación del hijo, que tiene por objeto el desarrollo de su autonomía. Los roles parentales, por tanto no son derechos absolutos, sino que son derechos limitados por los propios derechos de los niños. Por la razón de que los niños y adolescentes son titulares de un conjunto de derechos que pueden ser ejercidos de manera independiente y directamente de acuerdo a su desarrollo, el derecho de opinión del niño es uno de los más importantes, que será considerado en todos los asuntos que le afecten. Este principio se refleja en varios de los procedimientos como la colocación en familias sustitutas como la guarda y la adopción.

Este principio se refleja también en la necesidad de que los niños privados temporalmente o permanentemente de su familia, reciban respuestas que privilegien soluciones de

⁵⁵ CILLERO BRULLON, Miguel, ob.cit., pág. 82.

tipo familiar frente a soluciones de tipo institucional, es decir, que se trate de priorizar la inserción de los niños en familias y no insertarlos directamente en instituciones.

2.2. LA FAMILIA SUSTITUTA Y SU NATURALEZA

Los casos en que se puede pensar en formas de familia sustituta son:

Niños huérfanos; considerando la pérdida de sus progenitores por hechos naturales se recurre a la familia ampliada constituida por abuelos y tíos que por lo general asumen esa responsabilidad.

Pérdida de la Autoridad de los Padres; declarada siempre que la permanencia del niño o adolescente junto a sus padres represente un serio riesgo a su desarrollo, salud, o su vida, considerando también como una forma de abandono moral, y que la patria potestad no es absoluta, sino relativa en razón al interés superior del niño.

Niños abandonados; Es preciso tomar el término abandono en su verdadera proyección jurídica y social, ya que engloba diversas situaciones, de esta forma no se refiere a una sola situación, sino a estados plurales de riesgo para el desarrollo normal bio-psico-social del niño.

Según Jorge Alcides Uriarte⁵⁶ bajo la protección de niños pueden agruparse instituciones familiares y cuasi familiares, que ostentan el carácter común de haber sido creadas para la satisfacción del niño y que persiguen la inserción de este en un medio familiar; dentro de estas

⁵⁶ URIARTE, Jorge Alcides, Casos de derecho de familia. Buenos Aires, 1991, pág. 358.

instituciones se encuentran la Adopción, la Guarda la Tutela y el Acogimiento de Niños.

Para Mendizábal Osses⁵⁷ el abandono, determina por sí mismo los efectos tutelares, imponiendo la intervención del otro progenitor o de terceros y siempre la función estatal subsidiaria o eventualmente directa, generando la aplicación de instituciones jurídicas a fin de evitar o atenuar los resultados distorsionantes de la personalidad del niño, la satisfacción de sus necesidades debe producirse en un ambiente idóneo como es la familia, únicamente así podrá superar los efectos destructivos del abandono y además consagrar el *“Principio de Igualdad de Oportunidades”* en relación a niños que son aceptados por sus padres así como aquellos que no lo son.

La protección del niño frente al abandono debe ser asumida con tendencia a la inserción del niño en una familia, principalmente para atenuar resultados distorsionantes en su desarrollo y para consagrar el principio de oportunidades, el mismo que se identifica con el postulado principal de la Convención, que es el de considerar que los derechos son para toda la población infante juvenil y no sólo para aquellos que se encuentren en estado de abandono, abuso, explotación o cualquier forma de vulneración de sus derechos.

La familia es una institución de carácter público, con carácter universal que pretende asegurar a la niñez y adolescencia la satisfacción de sus necesidades subjetivas a través de la propia familia o mediante la adecuación, en su defecto, de medios sustitutos, aún cuando la carga de dar cumplida satisfacción a tales necesidades incumbe primería y

⁵⁷ MENDIZÁBAL OSSES, Luis, ob.cit., pág. 217

esencialmente a los padres, la sociedad, y subsidiariamente al Estado⁵⁸; por lo que la familia sustituta, como medio de protección, significa un giro de la orientación tradicional que implica un esfuerzo para configurar el **Principio de Igualdad**; se trata entonces de una inclinación en la evolución de la familia, no de una institución natural, sino, legal y de carácter tutelar que se encuentra bajo la garantía del Estado por lo que debe cumplirse tal como la norma lo regula.

Si bien el efecto común de estas familias está fundado en la consagración del principio de igualdad, de la misma forma se consagra el **Principio de la Cooperación**; ambos, están dirigidos a la formación integral de los niños, los efectos que se derivan son los de la convivencia comunitaria, la colaboración en equipo y principalmente al propiciar un ambiente de afecto y comprensión para aquello que lo necesitan.

La seguridad que puede ofrecer a un niño la familia debe basarse en el amor, la aceptación y la estabilidad, así la familia sustituta cobra su verdadera identidad al acoger y proteger a un niño para su desarrollo, la misma llegaría a ser el espacio vital y real de donde el niño compensa satisfactoriamente la originaria carencia de amor y de aceptación, consecuencias del abandono, favoreciendo el desenvolvimiento armónico e integral de su personalidad.

Según Guillermo Dávalos⁵⁹ la familia no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para el desarrollo de los miembros que la componen.

Aplicando el criterio de la protección integral se puede establecer que la familia sustituta es considerada como una organización social que

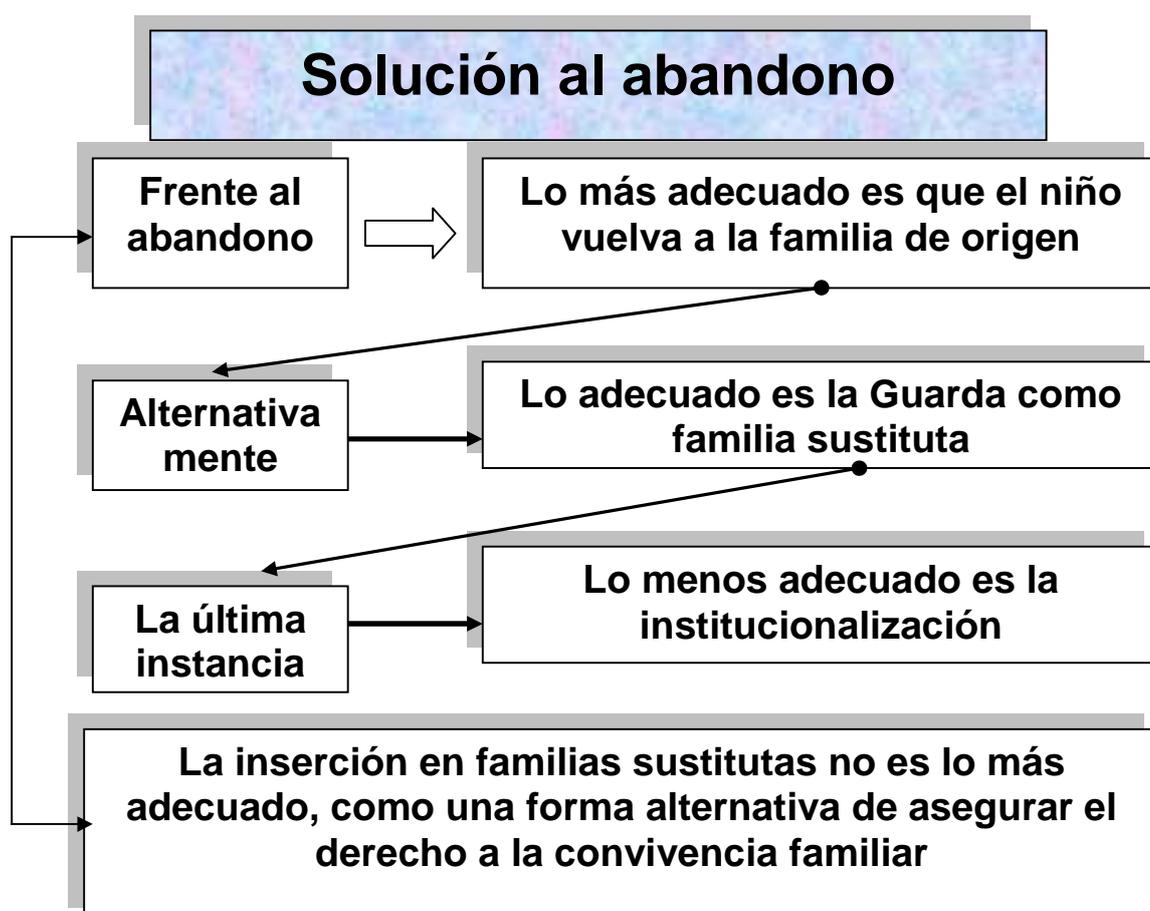
⁵⁸ MENDIZÁBAL OSSES, Luis, ob.cit., pág. 219

⁵⁹ DÁVALOS VERA, Guillermo, ob.cit.

representa un sistema activo de vivir y desarrollarse entre personas de distinta madurez física y mental, con la finalidad de asegurar de forma integral y armónica el desarrollo evolutivo los niños y adolescentes, para que los mismo puedan desarrollarse en forma saludable y normal así como en condiciones de libertad y dignidad.

Ver la solución del abandono en la inserción en familias sustitutas no es el más adecuado, sino como una forma alternativa de asegurar el derecho a la convivencia familiar. Para aclarar el concepto desarrollado se ha elaborado el Esquema N°1.

ESQUEMA N°1



Fuente: Elaboración Propia

Según las conclusiones del Seminario sobre Derecho a la Familia y la Convivencia comunitaria realizado en el año 1996, cuando no puede un niño formarse en su familia de origen la única forma de restituirle el derecho fundamental a la vida familiar y convivencia comunitaria es a través de las diversas formas de familia sustituta, para lo cual deben primar los siguientes principios consagrados en el artículo 21 de la Convención.

La colocación de un niño en una familia sustituta debe ser el último recurso:

Se debe dar preferencia, en caso de niños necesariamente apartados de sus padres biológicos, a soluciones dentro de la familia extensa o de la comunidad donde vive el niño en relación a medidas de carácter institucional.

Se debe prestar atención y desarrollar, a través de medidas legislativas y administrativas, la ubicación del niño en su propio medio social a través de la colocación en un hogar de guarda o de la adopción dentro del país, y tomar en cuenta el principio de excepcionalidad de la adopción internacional.

2.3.LA GUARDA COMO FAMILIA SUSTITUTA PROVISIONAL FRENTE A ABANDONO

Si bien se considera a la Familia como un medio, ésta frente al abandono se convierte como un medio de protección, dentro de ellas existen aquellas de carácter definitivo (adopción) y aquellas de carácter provisional (guarda).

La guarda como modalidad de familia sustituta se caracteriza por ser una medida de protección que no establece vínculos familiares respecto de los niños, se caracteriza por ser provisional. La Guarda es un “medio tutelar mediante el cual un tercero sin derecho de representación o un organismo ejecutivo de protección, se convierten en tenedores de un menor, para darle asistencia integral y proveer a la formación de su personalidad”⁶⁰.

De acuerdo a Bluske de Ayala⁶¹, la protección ofrece diversas modalidades: asistiendo a la familia del niño sin moverlo de su medio ambiente, colocándolo individualmente o en grupo en hogares sustitutos o en instituciones de educación especial. Sin embargo, se reduce esencialmente a la guarda, la libertad vigilada y la libertad compromisoria; estos dos últimos relacionados a adolescentes infractores.

La Guarda no se limita a que una persona tenga a su cargo y cuidado la conservación de un niño, sino, que estos dos conceptos tengan un significado más dinámico que supere una formalidad legal y vaya acorde a una **eficaz función tuitiva de los derechos del niño**. El carácter de la función tuitiva de la Guarda proporciona el genuino significado, pues no regula los vínculos paterno-filiales, sino el vínculo con una familia en razón del interés superior del niño. De acuerdo a Eliana Roca⁶² la figura de la Guarda en su aplicación como familia sustituta permite la convivencia familiar y supera el tipo de protección institucional que se da a través de las entidades de cobijo.

⁶⁰ D' Antonio, Daniel Hugo, ob.cit. 379.

⁶¹ BLUSKE DE AYALA Gloria, Derecho de menores: doctrina y legislación boliviana, Junta Nacional de Desarrollo Social, 1975, pág. 113.

⁶² ROCA Eliana, ob.cit., págs. 85

Existen distintos tipos de Guarda:

- a) La guarda originaria: Es la que corresponde a los padres, aparece integrada a la patria potestad, como un derecho-deber de convivencia, que posibilita las demás funciones paternas. Tiene su origen natural en la relación paterno-filial.

- b) La guarda derivada: Surge de la ley y corresponde a quien ejerce la tutela del niño, en la presente investigación se trata de la tutela oficial o tutela del Estado con propósito proteccional en relación con niños abandonados o en situación de riesgo.

- c) La guarda delegada: Aparece desmembrada de la patria potestad y de la tutela. Es decir el tercero que ejerza la Guarda no tiene representación legal.

- d) La guarda de hecho: Tiene lugar cuando una persona por propia decisión, sin atribución de la ley o de un juez, toma a un menor su cuidado. En este supuesto el guardador de hecho no tiene ninguno de los derechos de autoridad sobre la persona del niño, pero sí todas las obligaciones inherentes a la guarda desmembrada, en particular el deber de asistencia integral y el de la educación. La guarda de hecho es una guarda desmembrada pero no delegada legítimamente, por lo que no constituye un medio confiable, ya que no hay ningún control previo de la idoneidad del guardador, ni evaluación del interés del niño. Lo más interesante es que en la práctica se concreta en un gran número lo que constituye importante para el derecho.

2.3.1. La guarda Delegada como Medio Proteccional

La Guarda como instrumento proteccional, es desmembrada de la patria potestad, delegada en virtud de la Tutela del Estado y se constituye en un eficaz medio tutelar de niños que se encuentran abandonado o en situación de peligro moral o material⁶³.

La guarda como familia sustituta no consiste en la simple convivencia con el niño y adolescente, sino que conlleva la función de asistencia material y espiritual, así como la educación y formación del niño, de manera que, el guardar supone ofrecer al niño un trato paterno y afectivo.

Resulta importante analizar los caracteres de la guarda, de acuerdo a Bluske de Ayala⁶⁴ se tiene:

- a) Desmembrada: Aparece desvinculada de la patria potestad o de la tutela, ya que la ejerce quien no tiene la representación legal del menor.
- b) Delegada: Es otorgada al guardador por el Estado o directamente por los padres o el tutor, transfiriendo una función que es originaria y natural (padres) o derivada por la ley.
- c) Instrumento tutelar: La delegación de guarda se presenta como una alternativa de protección muy apropiada, frente al caso de un niño abandonado o en peligro, ya que proporciona al niño una familia sustituta.

⁶³ D' Antonio, Daniel Hugo, *ibídem*.

⁶⁴ BLUSKE DE AYALA Gloria, *ob.cit.*, pág. 56.

- d) Contenido asistencial, proteccional y formativo: No es un mero depósito de un niño abandonado, sobrepasa el concepto material de tenencia. Excede también la noción de simple convivencia con el niño, al vivir junto al niño se le suman todas las restantes funciones paternas de educación, vigilancia, corrección y asistencia, que resultaría difícil que se puedan mantener separadas de la guarda. En definitiva, el contenido de este tipo de guarda implica darle al niño un verdadero trato familiar.
- e) Gratuita: No tiene ninguna remuneración material. En esto se diferencia de la custodia que tiene una retribución.
- f) Precaria: Es esencialmente transitoria y mutable. Sin embargo el cambio debe respetar el interés del niño y debe estar provocado por graves motivos. La precariedad, salvo que las circunstancias sean contrarias al interés del niño, está referida a la imposibilidad del guardador de oponerse al reclamo del niño por parte del titular de la patria potestad o tutela.

2.3.2.Relación de la Guarda y la Patria Potestad

La patria potestad se encuentra integrada por diversos derechos-deberes que tienen los padres: la guarda, la educación, la corrección, la vigilancia, la asistencia espiritual y material y la representación legal.

En este contexto el derecho – deber de guarda aparece como uno de los contenidos de la patria potestad.

Corresponde analizar algunos aspectos de la patria potestad:

- a) Derecho – Deber: La guarda no es simplemente una potestad de los padres de retener a sus hijos, sino que implica una obligación de convivencia. A la par del derecho subjetivo de los padres, constituye un deber para aquéllos.
- b) Natural: La guarda, así como el derecho de patria potestad que integra, no les corresponde a los padres por concesión del Estado o de la ley, sino que preexiste al ordenamiento positivo, y éste no podría negar dicho derecho, sino regularlo para su correcto ejercicio. El origen de la guarda no es legal ni judicial, sino que es natural y deviene del hecho de la paternidad en el marco de la sociedad familiar.
- c) Originario de los padres: La potestad de guarda se atribuye en principio a los padres, que naturalmente la poseen.
- d) Consiste en la convivencia con los hijos: Éste es el contenido de la guarda, que puede definirse como la tenencia o contacto inmediato con el niño, es decir convivencia, porque va más allá del elemento material de la inmediatez; hay un contenido espiritual y afectivo en la vida común, que no se ve totalmente expresado con el término tenencia, incluso ni siquiera con el propio término guarda.
- e) Presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas: Simler, citado por Bluske de Ayala⁶⁵, afirma que la guarda debe

⁶⁵ BLUSKE DE AYALA Gloria, ob.cit., pág. 57.

ser considerada, no ya como un atributo al lado de otros atributos, sino como el medio que permite realizar concretamente los otros derechos y obligaciones de la patria potestad, la convivencia con el niño facilita y permite su educación, asistencia corrección, vigilancia y representación.

Según la doctrina, la guarda integrada a la patria potestad surge como un derecho – deber natural y originario de los padres, que consiste en la convivencia con sus hijos y es el presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, corrección y representación.

2.3.3.Diferencias entre la Guarda y la Tenencia

Ambas son instituciones que no establecen vínculos familiares con respecto de los niños que se encuentran bajo ésta modalidad. La Tenencia se entiende como el acogimiento precario del niño, por personas carentes de autoridad paterna⁶⁶.

En situaciones de separación de los padres, se plantea el llamado problema de atribución judicial de la tenencia. En este supuesto el Juez otorga la tenencia o guarda a uno de los padres, haciendo uso de sus facultades jurisdiccionales. De ello algunos autores hacen una distinción entre tenencia y guarda, dando al primero término el significado de elemento material de la guarda, consistente en la facultad de conservar consigo al niño dentro de la patria potestad, por lo que D' Antonio denomina tenencia a la guarda integrada a la patria potestad y reserva el término guarda a un instituto o

⁶⁶ D' Antonio, Daniel Hugo, pág.145.

protección diverso que aparece desmembrado de la patria potestad, e incluso con un contenido más amplio que el de inmediatez física con el niño.

La tenencia es un elemento material esencial en la guarda, pero no se presenta en forma aislada. No hay guarda sin tenencia, pero tampoco hay tenencia sin guarda. Aún la tenencia circunstancial o fáctica de un niño implica un tipo de guarda de hecho, con mayor razón habrá guarda cuando la tenencia es otorgada judicialmente.

De manera que la guarda a partir de la Doctrina de la Protección Integral si bien comprende el concepto de proximidad física o tenencia, la excede, ya que no se trata de cosas sino de personas que son considerados sujetos sociales con derechos exigibles, por lo que en su esencia, incluye un elemento espiritual y efectivo que queda mejor reflejado en el término convivencia. Sin embargo, el término de Tenencia para Guillermo Cabanellas, explica que “es el grado mínimo que jurídicamente se da en el dominio de las cosas, constituye un simple hecho, sin que derecho a su posesión y a su propiedad”⁶⁷.

Según Sonia Soto, esta posición hace referencia a la mera posesión de una cosa y por lo tanto no sería pertinente aplicada a las personas. Esta figura así como está establecida por la doctrina es regulada en el Código del Niño, Niña y Adolescente como Guarda de hecho.

⁶⁷ CABANELLAS Guillermo, ob.cit., pág. 559.

La Tenencia es la Legislación Boliviana es regulada desde el Código del Menor de 1966 y 1992 para desaparecer de acuerdo a la nueva tendencia en el Código del Niño, Niña y Adolescente por considerarla más una figura de carácter civil, dando lugar a lo establecido en la doctrina.

2.3.4.Diferencia entre Guarda y la Tutela

La tutela es una institución cuasi familiar de protección de menores que carecen de padres o se encuentran abandonados por estos. Es una institución que funciona supletoriamente, cuando falla la patria potestad, la característica es la administración de los bienes.⁶⁸

El tutor tiene un conjunto de derecho y deberes semejantes a los del padre, por lo que también posee la guarda del niño, se trata de una guarda derivada, pero que tiene el mismo contenido que la originaria, es decir, consiste en la convivencia con el niño.

Puede designarse a un familiar o a un tercero, pero en razón del interés superior del niño, tanto la doctrina como la legislación coinciden en establecer que las atribuciones del tutor son la representación en todos los actos así como la administración de sus bienes, fuera del ejercicio que esta institución conlleva atribuciones de la patria potestad.

Como vemos, la guarda es un elemento integrante de la tutela y aparece como presupuesto para la concreción de las demás obligaciones del tutor que son semejantes a las del padre.

⁶⁸ Artículo 283 del Código de Familia.

2.3.5. Clasificación de la guarda delegada: por su forma de otorgamiento y por su finalidad

Según Bluske de Ayala la delegación de la guarda por medio tutelar puede clasificarse según su forma de otorgamiento y en relación con su finalidad inmediata:

A) *Clasificación por su forma de otorgamiento.* La delegación de la guarda puede ser judicial, administrativa o directa.

Delegación Judicial: El Juez puede otorgar la guarda de un niño actuando en función de su potestad jurisdiccional, sumada al ejercicio de la Tutela Superior. En esta última forma de delegación proteccional, el juzgador, considerará el interés del niño, así como la idoneidad del guardador y de su ambiente, antes de conferir la guarda. Para la doctrina, parece ser ésta la forma que complementa mejor la finalidad tutelar que tiene la delegación de la guarda, la legislación nacional establece que sólo procede esta figura con autorización del Juez.

Delegación administrativa: Tiene lugar cuando quien delega la guarda es el órgano técnico – administrativo que integra la tutela del Estado. La finalidad de esta delegación es proteccional y ha sido criticada, ya que en muchos casos convalida guardas de hecho preexistentes, que no tuvieron control alguno de idoneidad y beneficio para el niño.

Delegación directa, paterna: En este caso, quien ejerce la patria potestad decide delegar la guarda de su hijo en otra

persona. Habitualmente se deja constancia de ello en un instrumento público, generalmente en un acta notarial; es por ello que este tipo de guarda se denomina comúnmente “notarial”. Este tipo de entrega en guarda tiene generalmente finalidad adoptiva.

- B) *Clasificación por su finalidad:* La Guarda delegada puede tener una intención simplemente tuitiva o con fines de adopción.

Guarda Simple: Se trata de un instrumento protector de niños en situación de abandono o en peligro, su propósito es brindarle una familia sustituta que le de asistencia y amparo.

Guarda con fines de Adopción: Esta Guarda tiene una proyección tuitiva más definida por tanto debe garantizarse la idoneidad del guardador.

El otorgamiento es un acto de trascendencia en la vida del niño por tanto la Guarda deberá atender en primer término al interés superior del niño, es decir, sólo se dará en beneficio del niño. En segundo lugar, la idoneidad del Guardador y de su medio ambiente deberá estar garantizado por medio de un examen médico psicológico riguroso.

CAPITULO III

FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y EMPÍRICOS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA GUARDA Y TUTELA LEGAL A CARGO DEL ESTADO

CAPITULO III FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y EMPÍRICOS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA GUARDA Y TUTELA LEGAL A CARGO DEL ESTADO

3.1. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE ENCUESTAS REALIZADAS

Con el objeto de evidenciar la necesidad de una Ley de la Iniciativa Legislativa Ciudadana desde la realidad empírica, se llevo adelante el trabajo de campo aplicando la técnica de la encuesta, según características y elementos considerados por la metodología de investigación; en tal sentido se trabajo sobre la muestra determinada según la muestra seleccionada con base en el padrón electoral y los resultados de los Actos Electorales Generales correspondientes al año 2010.

Se realizo un modelo de encuesta consistente en un formulario de preguntas según la necesidad de los objetivos a alcanzar y la verificación de la hipótesis, y cuyos resultados se presentan y analizan en los siguientes subtítulos, aunque se aclara que la interpretación de la información empírica, es presentada en gráficos y cuadros que muestran porcentajes.

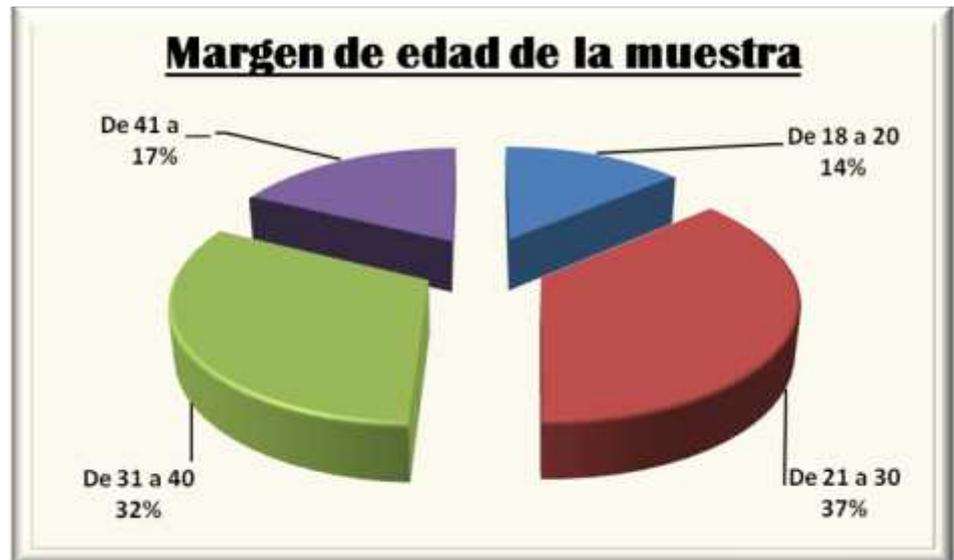
3.1.1. Características generales de la muestra

Márgenes de edad de la muestra

Parámetros por grupo etario	Nº de Personas	Porcentaje
Edad		

De 18 a 20	53	14%
De 21 a 30	141	37%
De 31 a 40	122	32%
De 41 a	68	17%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

La encuesta se ha realizado sin ningún tipo de discriminación étnica, en ese sentido es que se ha logrado respuestas mayoritarias en un 69% de la población económicamente activa.

Para la selección de los sujetos de estudio, solo se consultó si el encuestado había participado en el último acto electoral de la gestión 2010.

Relación de género

Diferencia de genero	Nº de Personas	Porcentaje
Masculino	186	48%
Femenino	198	52%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

La mayor parte de los encuestados corresponden al sexo femenino, este hecho es valorable en el sentido de la equidad de género en la preocupación por el interés superior del menor, en los casos de guarda y tutela a cargo del Estado.

Ocupación

Profesión u oficio en la muestra	Nº de Personas	Porcentaje
Comerciante	21	5%
Estudiante	74	19%
Mecánico	14	4%
Ama de casa	38	10%
Profesor	19	5%
Secretaria	11	3%
Artes graficas	15	4%
Profesional	38	10%
Policía	12	3%
Enfermera	9	2%
Conductor de vehículo	27	7%
Ganadero	6	2%
Jubilado	9	2%
Empleado público	81	21%
Artesano	7	2%
Otros	3	1%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

El Padrón Electoral Biométrico, representa a la ciudadanía en su generalidad sin discriminación, es totalmente heterogéneo en cuanto al tipo de actividad o nivel profesional de la ciudadanía; los resultados de la encuesta reflejan en gran porcentaje esa heterogeneidad, en razón a que se ha logrado respuestas de diversos oficios, como ser Estudiantes, Profesionales, Comerciantes y Empleados tanto del sector público como privado, etc.,

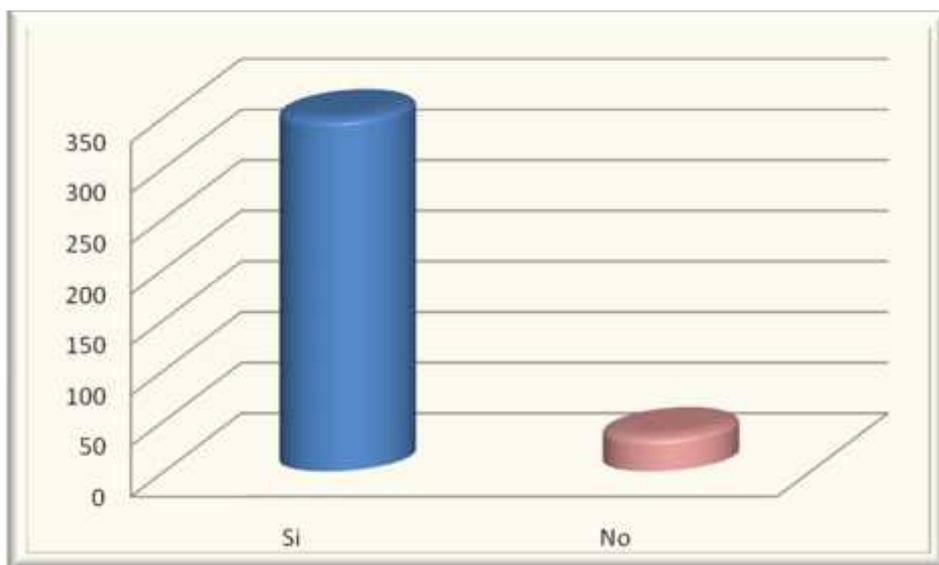
3.1.2. Datos porcentuales por pregunta

Pregunta N° 1

¿Sabía usted que de los menores de edad que no tienen ningún familiar, el Estado debe hacerse cargo a manera de guarda o tutela legal?

Preg. N° 1.- Respuesta obtenida	Nº de Personas	Porcentaje
Si	349	91%
No	35	9%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

La muestra en un 91%, da respuesta en el sentido de conocer que de los menores de edad que no tienen ningún familiar, es el Estado quien debiera hacerse cargo de los mismos a manera de guarda o tutela legal, se trate de niños o adolescentes. Este aspecto es de relevancia toda vez que existe conciencia social sobre la importancia de la seguridad de los menores e dad, y la población asume que en última instancia es el Estado quien se hace cargo.

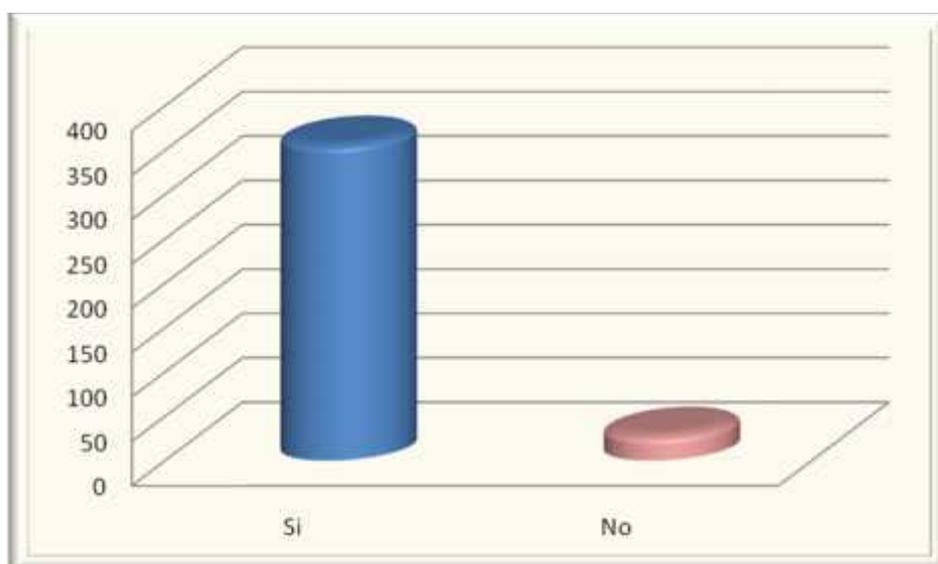
El restante 9%, señalo desconocer la temática de la niñez que no tiene parientes o que sus padres hayan perdido la autoridad paterna y la patria potestad.

Pregunta N° 2

¿Considera Ud., que el Estado es quien debe generar las políticas económicas y financieras respecto a la guarda y tutela de los niños y adolescentes en Bolivia?

Preg. N° 2.- Respuesta obtenida	N° de Personas	Porcentaje
Si	356	93%
No	28	7%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

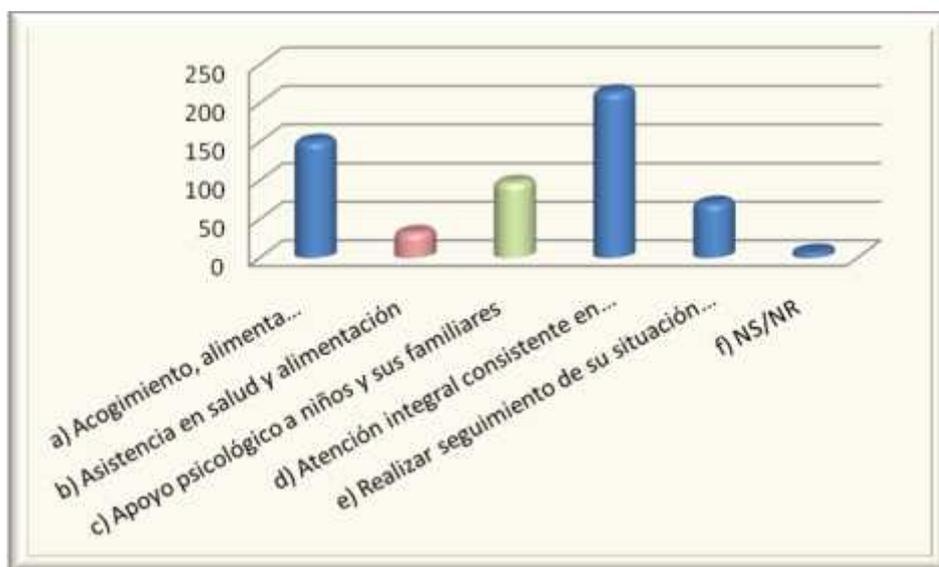
La muestra poblacional en el 93% califica de importante que el Estado sea quien deba generar las políticas económicas y financieras respecto a la guarda y tutela de los niños y adolescentes en Bolivia, el restante 7% refirió a que era suficiente la delegación a favor de los parlamentarios.

Pregunta N° 3

¿Cuáles debieran ser los factores de atención a niños y adolescentes en las instituciones estatales relacionadas con la tutela y guarda a cargo del Estado?

Preg. N° 3.- Respuesta obtenida	N° de Personas	Porcentaje
a) Acogimiento, alimentación, pernoctación y estudios	151	26%
b) Asistencia en salud y alimentación	33	6%
c) Apoyo psicológico a niños y sus familiares	98	17%
d) Atención integral consistente en salud, educación y alimentación	215	37%
e) Realiza seguimiento de su situación personal	71	12%
f) NS/NR	8	2%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

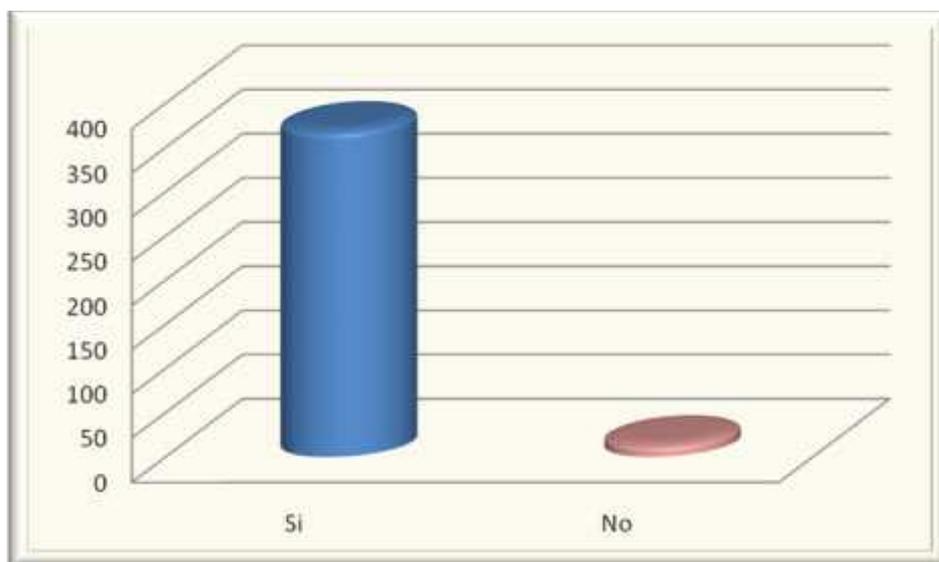
En el 91%, los encuestados señalan a que debería optarse ya sea por Acogimiento, alimentación, pernoctación y estudios; Asistencia en salud y alimentación; Apoyo psicológico a niños y sus familiares; Atención integral consistente en salud, educación y alimentación; y la realización de seguimiento de su situación personal.

Pregunta N° 4

¿Ud., cree que las instituciones no lucrativas deberían suscribir convenios de cooperación con entidades públicas del Estado a efectos de coordinar y mejorar las deficiencias respecto a la guarda y tutela de los niños y adolescentes?

Preg. N° 4.- Respuesta obtenida	N° de Personas	Porcentaje
Si	370	96%
No	14	4%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

La muestra poblacional en el 93% califica de importante que las instituciones no lucrativas deberían suscribir convenios de cooperación con entidades públicas del Estado a efectos de coordinar y mejorar las deficiencias respecto a la guarda y tutela de los niños y adolescentes, el 4% no dio respuesta en este sentido.

Pregunta N° 5

¿Estaría de acuerdo con el criterio de que la falta de apoyo directo por parte del Estado haya generado que los niños y adolescentes sujetos a la guarda y tutela no tengan una atención integral en cuanto a su integridad física, psíquica, moral, como también al derecho a la salud y a la educación?

Preg. N° 5.- Respuesta obtenida	N° de Personas	Porcentaje
Si	379	99%
No	5	1%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

La muestra encuestada en el 96%, señala estar de acuerdo con el criterio de que la falta de apoyo directo por parte del Estado haya generado que los niños y adolescentes sujetos a la guarda y tutela no tengan una atención integral en cuanto a su integridad física, psíquica, moral, como también al derecho a la salud y a la educación.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.CONCLUSIONES

1. Dentro de este capítulo se desarrolló respecto de los llamados Menores dentro de la doctrina de la situación irregular se practica un control específico que legitimaba una disponibilidad estatal absoluta debido a las condiciones que les rodean, en vigencia de ésta doctrina el Juez representa a la compasión – represión pues su función se equipara al de un buen padre de familia, por lo que no reconoce el derecho. Los órganos estatales aplican políticas de carácter asistencial que privilegian la institucionalización, frente a ello existía una omisión activa de la sociedad pues se considera que el problema está en el niño.
2. Frente a ello la doctrina de la Protección Integral inicia transformaciones a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en los siguientes aspectos: Constituye la doctrina de la Protección Integral que establece pautas básicas para la nueva legislación de la infancia reconociendo al niño y adolescente como sujeto pleno de derecho. Del asistencialismo de la situación irregular a políticas de garantías con la finalidad de traducir el contenido de la Convención, en la que se articule a los movimientos sociales en concordancia con el aspecto jurídico, por lo que la infancia en riesgo es el resultado de la omisión o inexistencia de políticas públicas. La participación de la sociedad civil considera que no existiría una sociedad moderna con una infancia postergada por lo que la obligación que surge de la sociedad civil es directa, en el sentido que se convierte en un medio para la concreción de los derechos.
3. De lo expuesto en el presente sobre la doctrina en la protección de los niños y adolescente la que más se adecua para los fines jurídicos de la investigación es la de la Protección Integral, que supera a la doctrina de

la situación irregular, pues convierte a partir de la Convención Internacional al niño y adolescentes como sujetos de derechos exigibles.

4. En razón de trascendencia se desarrolló la importancia de la familia para el niño desde el punto de vista jurídico y psicológico, y para los fines investigativos se consideró a la familia no como un fin sino como un medio que permite el desarrollo de la niñez.

5. La familia sustituta es considerada por la doctrina, como una ficción legal que permite el ingreso de un niño a una familia como medida de protección. Dentro de ellas se pudo señalar a la adopción como el medio de protección definitivo pues brinda al niño una nueva familia y la Guarda como un medio de protección provisional que no establece lazos familiares definitivos cual un 45% sostiene que en nuestra actual normativa vigente en nuestro país no considera la guarda y tutela de los niños y adolescentes en Bolivia. En la pregunta 3 se formuló: ¿Cuáles son los factores de atención a los niños y adolescentes en las instituciones del Estado sujetos a la tutela y la guarda a cargo del Estado? De la cual un 29% realiza una atención integral, salud, educación, alimentación. En la pregunta 4 se formuló: ¿Cuáles Ud., considera que son los factores para que existan niños y adolescentes sujetos a tutela y guarda a cargo del Estado? De la cual el factor principal para que existan niños y adolescentes sujetos a tutela y guarda a cargo del Estado según la encuesta realizada es la violencia intrafamiliar con un 37%. En la pregunta 5 se formuló: ¿Considera Ud., que el Estado es quien debe generar las políticas económicas y financieras respecto a la guarda y tutela de los niños y adolescentes en Bolivia? De la cual un 45% consideran que es el Estado quien debe generar las políticas económicas y financieras respecto a la guarda y tutela de los niños y adolescentes en Bolivia. En la pregunta 6 se formuló: ¿Ud., cree que su

institución pueda suscribir convenios de cooperación con otras entidades públicas del Estado a efectos de coordinar y mejorar las deficiencias respecto a la guarda y tutela de los niños y adolescentes? De la cual un 55% del personal de la institución señala que se podría suscribir convenios de cooperación entre su entidad y las instituciones públicas del Estado en pro de la mejora de la guarda y tutela de los niños y adolescentes en Bolivia. En la pregunta 7 se formuló: ¿Ud., sabe si el Estado Bolivia ha financiado con algún tipo de recurso a su institución? De la cual un 39% señala no ha financiado con ningún tipo de recurso a su institución donde trabaja. En la pregunta 8 se formuló: ¿Considera Ud., que el apoyo financiero pueda proporcionar el Estado pueda fortalecer el trabajo que realiza en su institución? De la cual un 48% considera que el apoyo financiero permitiría mejorar y fortalecer el trabajo que se realiza. Y finalmente en la pregunta 9 se formuló: ¿Considera Ud., que la falta de apoyo de parte del Estado ha generado que los niños y adolescentes sujetos a la guarda y tutela no tengan una atención integral en cuanto a su integridad física, psíquica, moral, como también al derecho a la salud y a la educación? De la cual un 42% afirma que posiblemente se deba a esta falta de apoyo integral de parte del Estado que los niños y adolescentes no tengan una atención en cuanto a su integridad física, psíquica, moral como también al derecho a la salud y la educación.

6. Consecuentemente se puede inferir que es necesario la propuesta de la presente tesis con relación a la inclusión de artículos al código niño niña y adolescente sobre la tutela y la guarda a cargo del Estado.

2.RECOMENDACIONES

1. Se recomienda actualizar el Decreto Supremo 26086 el Reglamento del Código del Niño, Niña y Adolescente.
2. Se recomienda que para un control efectivo de la tutela del menor por parte de las autoridades y servidores públicos aceptando su responsabilidad de administrar eficaz y eficientemente los recursos encomendados a su manejo.
3. Se recomienda al Viceministerio de la Juventud, Niñez y Tercera Edad, e instituciones públicas y las asociaciones civiles, sindicatos, gremiales, y otras agrupaciones sean nacionales, departamentales y regionales, inicien un programa de información sobre los derechos de los menores y se implemente el control social.
4. Se recomienda se implemente una tasa municipal en la factura de luz para la implementación de hogares para niños y niñas de la calle y en la calle, la cual deberá esta supervisado por el Estado a través del Ministerio de Desarrollo Sostenible. Además dicho recurso deberá servir para contratar más personal en los hogares para una administración pública eficaz y eficiente, con calidad y calidez.

2.1. Propuesta legislativa

Anteproyecto de Ley

Como resultado de la investigación en sus contextos histórico, teórico, estadístico y jurídico, se presenta el Anteproyecto de Ley de inclusión de artículos al Código Niño, niña, y adolescente que permitirá financiar a las instituciones que protegen a los niños y adolescentes abandonados.

Ley N°.....

EVO MORALES AYMA

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE
BOLIVIA

Por cuanto, la Asamblea Legislativa Plurinacional, ha sancionado la siguiente Ley:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL,

D E C R E T A:

**Inclusión de los artículos 57 bis, 15 bis y 78 bis al Código
Niño, niña y Adolescente
Capítulo Único**

Artículo 1º (Objeto) La presente ley tiene por objeto incorporar tres artículos con relación a la función protectora y subsidiaria que tiene el Estado respecto de la guarda, y la función tutelar del Estado, su financiamiento y supervisión con relación a la tutela del niño, niña y adolescente.

Artículo 2º Incorpórese el artículo 57 bis a la ley 548 de la siguiente manera:

“Artículo 57 bis (función protectora y subsidiaria). El Estado tendrá la función protectora y subsidiaria respecto a los niños, niñas y adolescentes sujetos a la guarda, para el pleno goce de sus derechos y conservar su desarrollo integral como persona, para el efecto el Estado a través de la institución que corresponda en el marco del Plan Plurinacional de la Niña, Niño y Adolescente, deberá financiar y supervisar que sean necesarios para el efecto”.

Artículo 3º Incorpórese el artículo 15 bis a la ley 548 de la siguiente manera:

“Artículo 15 bis (función tutelar del Estado, financiamiento y supervisión). El Estado tendrá la función tutelar y protectora respecto a los niños, niñas y adolescentes sujetos a tutela del Estado. Para asegurar la función protectora y tutelar de los niños, niñas y adolescentes, el Estado a través de la institución que corresponda en el marco del Plan Plurinacional de la Niña, Niño y Adolescente, deberá financiar y supervisar los recursos destinados para los niños, niñas y adolescentes”

Artículo 4º Incorpórese el artículo 78 bis a la ley 548 de la siguiente manera:

“Artículo 78 bis (DERIVACIÓN A ENTIDAD PÚBLICA).- La resolución judicial que disponga el acogimiento de un niño, niña o adolescente a una entidad pública, tendrá una función protectora y subsidiaria, tal medida no implica, por ningún motivo, privación de libertad.

BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA BARAY, H. L. (2006). Introducción a la metodología de la investigación. Mexico: Eumed.net.

Balbela, J. (1998). Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. Argentina: Palma .

Bisignidia Elionor, M. I. (1993). Derecho a tener derecho (Vol. II). Venezuela: Laje.

CEPIIB. (2006). La Enciclopedia Jurídica Virtual. Bolivia: Ediccion Digital.

CORDERO, B. (1998). Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Argentina: Palma.

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. (2009). Constitución Política del Estado. Gaceta Oficial de Bolivia.

Franco Cordero, G. (2009). Analisis del Artículo 45 de la nueva Constitucion Política del Estado . La Paz: Banco Central de Bolivia.

HERNÁNDEZ, S. R., FERNÁNDEZ, F. C., & BAPTISTA, L. P. (1997). Metodología de Investigación. Colombia: Imprenta Panorámica Forma e Impresos – Mcgraw-Hill.

LAURA BARRÓN, R. (2005). Métodos y Técnicas de Investigación Social. Bolivia: UMSA.

Lopez, A. (2000). DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO UNIVERSAL AULA,. Madrid: Editorial Cultural.

Mari, R. (2009). Derechos humanos una aspiracion para todos ensayo para estudiar derechos humanos (1 ed.). La Paz: Graf press s.r.l.

MOSCOSO DELGADO, J. (2000). Introducción al Derecho. Bolivia: Editorial Juventud.

MOSTAJO MACHICADO, M. (2005). Seminario Taller de Grado y Asignatura CJR-000 Técnicas de Estudio. Bolivia: Umsa-FDCP.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). Diccionario de la Lengua Española. (22). (M. Corporation, Ed.) España.

TORRICO TEJADA, L. F. (2006). Filosofía del Derecho. Bolivia: Edit. Gráfica Jivas.

VILLEGAS QUIROGA, R. (1999). Guía de Estudio (1 ed.). Bolivia.

ZORRILLA, S. Guía para elaborar la Tesis.

Anexos