

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



**ACREDITADO POR RESOLUCIÓN CEUB N° 1126/02**  
**MONOGRAFIA**

**NECESIDAD DE REGLAMENTAR EL PROCESO EXTRAJUDICIAL DE LA  
GUARDA DE NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LA DEFENSORÍA DE LA  
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA SUB ALCALDÍA SAN ANTONIO DISTRITO-4**

**(Para optar al grado académico de Licenciatura en Derecho)**

**Postulante:** Marco Antonio Loza Endara  
**Tutor Académico:** Dr. José Cesar Villarroel Bustios  
**Tutor-institucional:** Dra. Julia Verónica Gutiérrez Q.  
**Institución:** Plataforma de Atención Integral a la Familia.

LA PAZ - BOLIVIA

2014

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo dedico a mi familia, y amigos que siempre me apoyaron y creyeron en mi Incondicionalmente a lo largo de estos años de estudio y en especial a mi madre NILDA AIDA ENDARA AVENDAÑO; Hago una mención especial a mis detractores porque gracias a sus criticas encontré el impulso de superarme.

### **AGRADECIMIENTOS**

Quiero Agradecer a la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS por abrirme las puertas durante cinco años, a los docentes de la CARRERA DE DERECHO por transmitirme sus conocimientos con esa vocación que siempre los caracteriza, asimismo agradecer a la defensoría de la Niñez y Adolescencia por acogerme en esa digna institución para realizar mis practicas legales.

## **PROLOGO**

La tenencia de menores tema de la presente monografía su urgente necesidad de poder hacerla más accesible a la población de las zonas suburbanas principalmente por la sobresaturación de los juzgados y las Defensorías de la Niñez y Adolescencia más próximas a la población son quienes deberían encargarse de resolver de manera temporal la tenencia de menores, que por la experiencia recogida en las mencionadas instituciones son muchos los casos tratados a diario y la imposibilidad de dar solución efectiva a este problema social pues son muchos los menores que quedan prácticamente abandonados por sus padres, dejados al cuidado de los abuelos hermanos, etc., con el riesgo de que en cualquier momento puedan quitárselos afectando la salud emocional de los menores.

Es así que esta humilde propuesta busca facilitar el procedimiento y el abaratar los gastos económicos, asimismo que las familias de escasos recursos puedan acceder con facilidad al trámite para solicitar la guarda, en procura de dar a las Defensorías de la Niñez y Adolescencia facultades decisorias en el tema tenencia de menores cuando no exista decisión judicial que así lo establezca.

## ÍNDICE

I. Dedicatoria.

II. Agradecimientos.

III. Prologo.

IV. Índice.

V. Introducción.

### EVALUACIÓN Y DIAGNOSTICO DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN.

#### CAPÍTULO PRIMERO I: DISEÑO DE MONOGRAFÍA

1.ELECCION DEL TEMA.....	1
2. FUNDAMENTACION DEL TEMA.....	1
3. DELIMITACION DEL TEMA.....	3
3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.....	3
3.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	3
3.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	3
4. BALANCE DE LA CUESTION O MARCO DE REFERENCIA.....	3
4.1. MARCO TEORICO.....	3
4.1.1. MARCO TEÓRICO GENERAL.....	3
4.1.1.1. EL POSITIVISMO JURÍDICO.....	3
4.1.2. MARCO TEÓRICO ESPECIAL.....	5
4.1.2.1. LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL.....	6
4.2. MARCO HISTORICO.....	8
4.2.1. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	8
a) Primer periodo.....	9
b) Segundo periodo.....	10
c) Tercer periodo.....	12
d) Libro primero.....	13
e) Libro segundo.....	13
f) Libro tercero.....	13
4.3. MARCO CONCEPTUAL.....	15
4.3.1. GUARDA.....	15
4.3.2. CLASES DE GUARDA.....	16

4.3.3. GUARDA EN FAMILIA AMPLIADA.....	16
4.3.4. GUARDA EN FAMILIA AJENA.....	16
4.3.5. GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.....	17
4.3.6. ACOGIMIENTO EN UNA INSTITUCIÓN.....	17
4.3.7. GUARDA ILEGAL.....	18
4.3.8. SUPUESTOS QUE AUTORIZAN LA GUARDA.....	19
4.3.9. CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS GUARDADORES.....	19
a) CARACTERÍSTICAS PERSONALES.....	19
b) CIRCUNSTANCIAS SOCIOECONÓMICAS.....	20
c) CAPACIDAD EDUCATIVA Y ENTORNO FAMILIAR DIRECTO QUE PUEDA DAR SOPORTE A ESTA TAREA.....	20
d) OTRAS CIRCUNSTANCIAS.....	20
4.4. MARCO JURIDICO.....	21
4.4.1. NATURALEZA JURÍDICA.....	21
4.4.2. CARACTERÍSTICAS DE ESTA NUEVA RAMA DEL DERECHO.....	24
4.4.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	25
4.4.4. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.....	28
1. EL PRINCIPIO DE LA INTEGRALIDAD.....	29
2. EL PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN.....	30
3. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA.....	30
4. EL PRINCIPIO DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO.....	31
5. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR.....	31
6. EL PRINCIPIO DE LA PARTICIPACIÓN.....	32
7. EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD FAMILIAR.....	32
8. EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD.....	33
4.4.4. FUENTES DEL NUEVO DERECHO.....	33
4.4.5. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL NUEVO DERECHO.....	33
4.4.6. RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN VIGENTE.....	34
5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	37
6. OBJETIVOS.....	37

6.1. OBJETIVO GENERAL.....	37
6.2. OBJETIVO ESPECIFICO.....	37
7. METODOS Y TECNICAS DE INVESTIGACION.....	37
7.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	37
7.1.1. MÉTODOS TEÓRICOS.....	37
7.1.1.2. MÉTODO DE ANÁLISIS.....	38
7.1.1.3. MÉTODO DE INDUCCIÓN.....	38
7.1.1.4. MÉTODO HISTÓRICO.....	38
7.1.1.5. MÉTODO JURÍDICO.....	38
7.1.2. MÉTODOS EMPÍRICOS.....	39
7.1.2.1. MÉTODO DE OBSERVACIÓN.....	39
7.2. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	39
7.2.1.TÉCNICAS PARA LA OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN DOCUMENTAL.....	39
7.2.1.2. FICHA RESUMEN.....	39
7.2.3. TÉCNICAS PARA LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.....	40
7.2.3.1.TÉCNICA DE OBSERVACIÓN.....	40
7.2.3.2. TÉCNICA DE LA ENCUESTA.....	40

## **CAPITULO II**

### **DESARROLLO DEL TEMA.**

**NECESIDAD DE REGLAMENTAR EL PROCESO EXTRAJUDICIAL DE LA GUARDA DE NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LA DEFENSORIA DE LA NINEZ Y ADOLESCENCIA DE LA SUB ALCALDIA SAN ANTONIO DISTRITO – 4.**

1. CONCEPTOS BÁSICOS DE GUARDA.....	43
2. PRINCIPALES DOCTRINAS PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS NIÑOS.....	44
3. FUENTES DE LA GUARDA.....	48
a). LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.....	48
b). CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ.....	50

c).LAS LEYES.....	55
d). LA JURISPRUDENCIA.....	55
e). LA DOCTRINA.....	56
f). LA COSTUMBRE.....	56
4. RELACIÓN JURÍDICA DE LA GUARDA.....	56
5. PRINCIPIOS BÁSICOS PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL EN DERECHOS HUMANOS A NIÑOS Y ADOLESCENTES.....	57
5.1LA IGUALDAD O NO DISCRIMINACIÓN.....	57
5.2 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	59
5.3 LA EFECTIVIDAD Y PRIORIDAD ABSOLUTA.....	60
5.4 LA PARTICIPACIÓN SOLIDARIA O PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD..	62
6. LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS.....	63
6.1 GRUPO DE SUPERVIVENCIA.....	64
6.2 GRUPO DE DESARROLLO.....	64
6.3 GRUPO DE PARTICIPACIÓN.....	65
6.4 GRUPO DE PROTECCIÓN ESPECIAL.....	66
7. PROTECCIÓN CONTRA TODA FORMA DE EXPLOTACIÓN PERJUICIO ABUSO FÍSICO O MENTAL, MALTRATO O DESCUIDO.....	66
8. PRINCIPALES COMPROMISOS DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CDN PARA LOGRAR UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO PARA LA INFANCIA.....	67
9. LA CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO, LAS FAMILIAS Y LA SOCIEDAD EN LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.....	71
9.1 EL ESTADO.....	71
9.2 LA FAMILIA.....	72
9.3 LA SOCIEDAD.....	74
10. SUJETOS DE PROTECCIÓN.....	75
11. REGIMEN PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL RECIEN NACIDO.....	75
12. DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO.....	79



<b>13. FORMAS DE PROTECCIÓN</b>	<b>82</b>
<b>14. CLASES DE GUARDA SEGÚN EL CÓDIGO NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.....</b>	<b>83</b>
<b>14.1 LA GUARDA EN DESVINCULACIÓN FAMILIAR.....</b>	<b>83</b>
<b>14.2 LA GUARDA LEGAL.....</b>	<b>84</b>
<b>15. REQUISITOS PARA SER GUARDADOR.....</b>	<b>85</b>
<b>16. FORMA DE DECIDIR LA GUARDA.....</b>	<b>85</b>
<b>17. DERECHOS DEBERES DE LOS GUARDADORES.....</b>	<b>87</b>
<b>18. DERECHOS DE LA FAMILIA DE ORIGEN.....</b>	<b>88</b>
<b>18.1 FAMILIA DE ORIGEN.....</b>	<b>88</b>
<b>19. DERECHOS Y RESPONSABILIDADES DE LOS PROGENITORES...</b>	<b>89</b>
<b>20. RÉGIMEN DE VISITAS.....</b>	<b>90</b>
<b>21. ACTORES DEL SISTEMA DE JUSTICIA.....</b>	<b>91</b>
<b>21.1. EL JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.....</b>	<b>91</b>
<b>21.2. ATRIBUCIONES DEL JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.....</b>	<b>92</b>
<b>21.3. LOS EQUIPOS INTERDISCIPLINARIOS.....</b>	<b>92</b>
<b>21.4. EL MINISTERIO PÚBLICO ESPECIALIZADO.....</b>	<b>93</b>
<b>21.5. LAS DEFENSORIAS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.....</b>	<b>95</b>
<b>22. TRAMITE Y EJERCÍO DE LA GUARDA.....</b>	<b>96</b>
<b>23. DURACION Y CESACION DE LA GUARDA.....</b>	<b>98</b>
<b>24. DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>98</b>
<b>a). DERECHO CUBANO.....</b>	<b>98</b>
<b>b). DERECHO ESPAÑOL.....</b>	<b>101</b>
<b>c). LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA.....</b>	<b>103</b>
<b>d). LEGISLACION DE LA REPÚBLICA DOMINICANA.....</b>	<b>107</b>
<b>CAPITULO III.</b>	
<b>ELEMENTOS CUNCLUSIVOS.</b>	
<b>CONCLUSIONES CRÍTICAS.....</b>	<b>118</b>
<b>RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS.....</b>	<b>119</b>

## INTRODUCCIÓN

La presente monografía de Trabajo Dirigido, es el resultado de la observación y función que desempeñe en la Defensoría de la Niñez y Adolescencia dependiente del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz de este trabajo, contiene el propósito de facilitar el proceso de guarda de niños, niñas y adolescentes con los lineamientos perseguidos por la Convención.

El tema trata de la propuesta de modificación de reglamentar el proceso extra judicial de la guarda de niños, niñas y adolescentes Por ello, más allá del propósito que me inspira al iniciar este estudio, procuraré desarrollar los aspectos centrales el cuidado que se les proporciona a los menores es insuficiente frente al creciente desamparo en que los colocan las condiciones actuales de vida, amenazándolos desde el momento mismo de su concepción, a través de la práctica del aborto y que continúan luego de su nacimiento, con el abandono efectivo o virtual al que se ven sometidos involuntariamente, ya sea porque quedan en situación de desamparo, o porque, sus padres no pueden o no cubren sus necesidades, limitándome al análisis de reglamentar el proceso extra judicial de la guarda

Inicio mi cometido, tomando como referencia nuestro ordenamiento jurídico, los diferentes autores que se han ocupado del tema, intentando emitir una opinión en cuanto a lo leído y comprendido e indicando cuales son a mi criterio, los puntos que considero podrían ser modificados de ellas en favor de los menores a los cuales pretende proteger.

Finalmente se concluye, esperando que la propuesta planteada sea de mucho provecho brindando una accesible y pronta solución al tema de guarda de niños, niñas y adolescentes cuando no exista decisión judicial.

# **CAPITULO PRIMERO**

## **DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **EVALUACIÓN Y DIAGNOSTICO DEL TEMA**

**DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN**  
**CAPITULO I**  
**EVALUACION Y DIAGNOSTICO DEL TEMA**

**1. ELECCION DEL TEMA.**

La necesidad de reglamentar el proceso extrajudicial de la guarda de niño, niña y adolescente en la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de la Sub Alcaldía de Villa San Antonio Distrito 4.

**2. FUNDAMENTACION DEL TEMA.**

Como bien sabemos la familia es la célula básica de la sociedad y del estado, el primer bien de una persona en el orden jurídico es la vida. El primer interés es conservarla; la primera necesidad son los medios necesarios. La ley provee de diversos modos a asegurar ese bien, satisfaciendo ese interés y procurando esos medios. En el ámbito de la familia con la obligación de los progenitores (legítimos, naturales y adoptivos) de mantener a los hijos.

En el mundo actual, la niñez y la adolescencia, son los grupos atareos menos favorecidos. El irrespeto recurrente de sus derechos impiden su desarrollo integral, desvaloriza su potencial humano y ciudadano, coartando su futura contribución como seres humanos plenos, éticos, respetuosos de los otros, solidarios y participativos.

Consciente de esta realidad y de la necesidad de apoyar a las herramientas creadas para normar las relaciones positivas entre los más vulnerables de la sociedad y los integrantes de su entorno familiar, sobre uno de los mayores problemas que vive la niñez y adolescencia de nuestro país: la guarda, que dicho de otro modo vendría a ser la tenencia de un menor sin una previa sentencia pasada por autoridad competente que la autorice, catalogado éste como uno de

los factores que más influyen negativamente en el desarrollo de la personalidad de los seres humanos, y que lamentablemente está presente en la cotidianidad de niños, niñas y adolescentes.

Este conforma la Serie de Protección Integral a la Niñez, que desde un análisis de los conceptos, las causas, las consecuencias, las formas de guarda y socializando procedimientos jurídicos y que pueden ayudar a la víctima, su familia y a la sociedad en su conjunto, pretende, a través de un enfoque metodológico, expositivo, reflexivo, sistemático, motivar a la familia y la comunidad para que desarrolle sus propias reflexiones y cambie su conducta hacia este tema, comprometiéndose a proteger a la niñez y adolescencia.

Es importante señalar la difusión del Código de la Niñez, vigente en nuestro país, resultado de un esfuerzo que aglutinó a los más variados actores, quienes se asociaron para crear un instrumento que debe ser el punto de partida para cambiar la lacerante realidad que sufre nuestra niñez y juventud boliviana.

El hacer que todos y todas los que desde nuestros propios espacios y quehaceres, debemos comprometernos a impulsar su ejercicio pleno e insoslayable.

El presente tema pretende con esta proveer de una herramienta que coadyuve a la consecución del objetivo propuesto: la defensa de los Derechos de la Niñez, a través del estudio y la comprensión de varias aristas de una problemática (la guarda ) que este Derecho se conozcan y se ejerzan. En una sociedad donde solo el adulto es reconocido como sujeto de derechos, se descalifica a los niños, las niñas y adolescentes y se plantea su sumisión. Si no invertimos en la niñez y la juventud, difícilmente el destino del país cambiará. No revertiremos las condiciones en las que vivimos si no nos preocupamos por los grupos que mayor irrespeto sufren.

Espero entonces, contribuir con este material, a lograr alcanzar uno de los más anhelados sueños de nuestra niñez y juventud: su acceso al amor, al respeto y la ternura.

### **3. DELIMITACION DEL TEMA.**

#### **3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.**

El tema en cuestión no se encuentra reglamentado dentro del Código Niño, Niña y Adolescente Ley 2026.

#### **3.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL.**

La investigación comprenderá el periodo comprendido entre marzo de 2013 a noviembre de 2013.

#### **3.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL.**

La presente investigación tendrá como delimitación espacial en la Defensoría de la Niñez Y adolescencia Distrito 4 de la zona de Alto San Antonio dependiente del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz.

### **4. BALANCE DE LA CUESTION O MARCO DE REFERENCIA.**

#### **4.1. MARCO TEORICO.**

##### **4.1.1. MARCO TEÓRICO GENERAL.**

##### **4.1.1.1. EL POSITIVISMO JURÍDICO.**

Busca una localización y encuadramiento del problema del Derecho, buscando su fundamentación conocimiento y podría decirse hasta su elaboración. En este

sentido, en su condición de Estado parte de la Convención, nuestro país ha venido realizando esfuerzos dirigidos a adecuar sustancialmente su marco normativo a los estándares internacionales. Con este propósito, en el año 2000 se promulgó el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes en actual proceso de revisión, el cual no solo regula contextos de dificultad o vulnerabilidad, sino que consagra y desarrolla los derechos específicos que se reconocen a los niños, niñas y adolescentes.

La Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia de la Defensoría del Pueblo ha venido trabajando sostenidamente en la selección y recopilación de las normas básicas en materia de infancia y adolescencia. Al respecto, es preciso mencionar que en algunas de las normas se han incorporado sólo aquellos artículos que, de manera directa, están relacionados con la defensa y protección de niños, niñas y<sup>1</sup> adolescentes. Así, una sola razón ha orientado su realización: con este instrumento se pretende aportar una herramienta útil para las instituciones y sus operadores jurídicos y sociales que trabajan en favor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La Defensoría del Pueblo considera que es necesario conocer y difundir la normatividad vigente como un mecanismo para contribuir a la plena vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y a la consolidación de una cultura que los garantice, procurando el fortalecimiento del sistema democrático como un espacio idóneo para la satisfacción de sus necesidades e intereses.

Es preciso recordar que la adecuada aplicación de las normas legales en el ámbito de la niñez y la adolescencia demanda un especial compromiso por parte de los operadores estatales involucrados en la atención de este importante sector de la población. En razón de ello, urge que dichos operadores asuman con profunda convicción que el principal objetivo de estas normas, es mejorar la calidad de vida

---

<sup>1</sup> Derechos de protección de la Niñez y Adolescencia visión Mundial

de los niños, niñas y adolescentes, quienes ya han motivado una especial sensibilidad y mirada del mundo, por lo que no pueden quedar reducidos a expedientes o cifras estadísticas para justificar actuaciones burocráticas.

Se puede denominar de guardia y custodia o de guarda y custodia. Es el tipo de procedimiento que se puede realizar en los supuestos en los que personas hayan tenido un hijo común sin estar casados, al no tener vínculo matrimonial no se pueden divorciar ni separar, por lo que deben acudir a un procedimiento especial llamado guarda y custodia, que en general prácticamente igual. Al igual que lo que ocurre en el divorcio expreso o separación matrimonial, la guarda y custodia puede tramitarse de mutuo acuerdo o contencioso (se pueden seguir los trámites del divorcio expreso). Los documentos necesarios son los mismos que para el procedimiento de divorcio o separación, salvo el certificado de matrimonio, que obviamente, al no existir no se requiere. Los requisitos también son los mismos, y se puede realizar procedimientos de modificación de medidas tanto contenciosos como de mutuo acuerdo. Un divorcio puede ser con hijos o sin hijos (al igual que una separación), pero en los procedimientos de guarda y custodia siempre existen hijos comunes, ya que son los que justifican el procedimiento (puesto que no hay vínculo matrimonial entre los esposos). Los trámites del divorcio son aplicables igualmente al procedimiento de guarda y custodia.

#### **4.1.2. MARCO TEÓRICO ESPECIAL.**

En materia de respeto y promoción de los derechos humanos existe una clara tendencia a la afirmación de un mayor reconocimiento y protección de los derechos de las personas que pertenecen a grupos o sectores históricamente reconocidos como vulnerables, y que, por tal razón, requieren de una protección especial que les permita su plena integración en la sociedad.

Sin embargo, es innegable que los niños, niñas y adolescentes han sido históricamente ignorados, excluidos de su condición de sujetos de derecho y



entendidos como objetos de protección por parte del Estado, la sociedad y las personas mayores que los tienen bajo su cuidado padres de familia, tutores. Siendo éstos responsables de su bienestar, también se consideraban moral y legalmente facultados para corregirlos y decidir por ellos.

Es importante tener en consideración que el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tanto por el derecho internacional de los derechos humanos cuanto por el derecho interno de cada país, implica asimismo la generación de responsabilidad tanto para el Estado como para los particulares, por lo que su desconocimiento o vulneración origina la correspondiente investigación y sanción contra quienes resulten responsables.<sup>2</sup>

Cabe finalmente enfatizar que la incorporación de normas y garantías específicas para su protección no tiene como objetivo sustituir la normatividad general sobre derechos humanos sino complementar y perfeccionar la efectiva defensa y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

#### **4.2.1. LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL.**

La denominada Doctrina de Protección Integral, que reconoce al menor de edad como sujeto de derechos, tiene su máxima expresión en la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>3</sup>

Aún cuando es claro que principios de interpretación como los de *pro libertatis* y fuerza expansiva, razonabilidad y proporcionalidad deben necesariamente

---

<sup>2</sup> Derechos de protección de la Niñez y Adolescencia visión Mundial Amoros Pérez (1997) Evolución de los diferentes modelos de selección en revista infancia y adopción ADDIA Barcelona. Garate Martin (1994) Convención Internacional y Legislación de Menores, Memorias del Segundo Foro Latinoamericano Permanente por la INFANCIA UNICEF, Cochabamba Bolivia.

<sup>3</sup> Fernández Joan Egea (1999) el acogimiento simple en Protección de Menores, Acogimiento y Adopción, marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid Barcelona. Aspiau Santiago Antoni Vaquer Aloy (1999) Protección de menores, Acogimiento y Adopción, marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid Barcelona.

aplicarse siempre que esté de por medio la defensa y promoción de derechos humanos, ello resulta más evidente cuando lo que está en juego es la protección de la dignidad y demás derechos de las personas menores de edad.

Si bien, los niños, niñas y adolescentes, como todo sujeto de derecho capaz de discernimiento, deben responder por sus actos, requieren de un tratamiento diferenciado en función de su especial situación y grado de desarrollo.

Resulta importante mencionar que si bien esta doctrina debe aplicarse siempre que se encuentre de por medio la defensa y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes, ha tenido su mayor desarrollo en materia de responsabilidad penal de menores de edad. En efecto, tal como sostuvo la Defensoría del Pueblo en su informe del sistema penal juvenil, es sobre la base de la Doctrina de la Protección Integral que se ha centrado fundamentalmente el tema de su responsabilidad penal a partir del planteamiento de una opción punitivo garantista.

De acuerdo con esta concepción, a partir de cierta edad los y las adolescentes sí responden por las infracciones que cometen contra la ley penal pero siempre bajo la garantía del respeto del denominado principio del Derecho Penal Mínimo. Éste se caracteriza por la recurrencia al derecho penal como extrema ratio; el respeto de las garantías penales sustantivas y procesales establecidas para la persona adulta, a las que deben sumarse aquellas propias derivadas de la condición de menor de edad; la minimización de las penas juveniles, y la utilización de medidas socioeducativas alternativas a la privación de libertad, debiendo emplearse ésta última sólo excepcionalmente y limitando su intensidad y su duración al mínimo plazo posible. En otras palabras, se trata de un derecho penal juvenil dotado de las mismas garantías que el derecho penal de adultos pero menos severo, tanto en lo que se refiere a la tipificación de los delitos cuanto en la intensidad de las sanciones, por ser un sujeto de derecho en proceso de desarrollo. Cabe mencionar que esta consideración, expresamente establecida como obligación asumida por el Estado en la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye una manifestación del principio del interés superior del niño.

Lo expuesto resulta más urgente aún teniendo en cuenta que los factores que determinan la problemática de la infracción de la ley penal por parte de menores de edad tienen que ser enfrentados principalmente a través de la política social del Estado, antes que con el recurso a medidas punitivas o al incremento de las mismas. En este ámbito, más que en ningún otro, son los condicionamientos sociales negativos que rodean a los menores de edad los que tienen una incidencia directa y decisiva en su conducta contraria a la ley penal. Por ello en el diseño de una ley penal de menores de edad, antes que criterios retributivos en la selección de las respuestas ante las infracciones que privilegian medidas de privación de la libertad prolongadas, debe establecerse un sistema de medidas socio educativas orientadas a que puedan corregir aquellas carencias que determinaron su conducta y les permita una vida futura de respeto a la ley. Ciertamente este mismo criterio debe traducirse en el ámbito del proceso destinado a la imposición y ejecución de dichas medidas.

Es importante tener también en cuenta que un sistema como el señalado, requiere de un enfoque multidisciplinario del problema del menor infractor que integre un conjunto de disciplinas y profesionales en su solución, tales como: trabajadores sociales, psicólogos, educadores, entre otros. Por ende, a riesgo de incurrir en soluciones incompletas que a mediano plazo pueden resultar contraproducentes, el legislador no debe perder de vista que toda regulación de responsabilidad de menores de edad por infracciones a la ley penal, debe considerar e ir acompañada de los recursos y la infraestructura necesaria para su implementación.

## **4.2. MARCO HISTORICO.**

### **4.2.1. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.**

En nuestro país haciendo un análisis del avance de las normas jurídicas de la legislación nacional referente a las personas menores de edad.

En ese marco vemos que inicialmente se dictan una serie de decretos y resoluciones dirigida a la infancia, sin embargo, las leyes referidas a este sector de la población, en primer momento se han producido como hechos aislados, motivados con procesos sociales, económicos y culturales determinados, motivadas por el evidente influencia de congresos e Instrumentos de orden internacional, que han incidido en nuestra normativa interna, pero no de una manera sistemática y coherente respecto a una real atención y protección de la niñez y adolescencia.

Antes de que se promulgue el primer Código del menor, eran los códigos de materia penal y civil los que regulaban algunos aspectos dirigidos a los menores. En ningún momento la figura central o bien jurídica a tutelar era el niño. Recién a partir de 1966 empieza a configurarse un sistema denominado derecho de menores, cuando se promulga por primera vez un cuerpo legal específico que establece un nuevo rol protector del Estado y una tenencia jurídica “tutelar” en atención a que el menor es visto como objeto necesitado de medidas de asistencia y protección.

Se hace imperiosa reconocer que la ratificación, por parte de Bolivia, de la Convención Internacional de los derechos del Niño en el año 1990, permite que nuestro país cuente con un cuerpo jurídico vinculante para acceder a una nueva cultura jurídico social respecto a la niñez y adolescencia.

La entrada en vigor de esta normativa ha generalizado, un interés por revisar la visión y percepción de la atención a la niñez, iniciándose un debate sobre las doctrinas, leyes e instituciones dedicadas a la infancia, exigiendo que se modifique la legislación existente y la adecuación de esta al espíritu de la convención, operándose de este modo la promulgación de un tercer Código del menor, en 1992.

Finalmente en octubre de 1999, el Código del Niño, niña y Adolescente abroga el citado cuerpo legal y enmarca sus postulados de manera más coherente e integral a la normativa internacional y la doctrina de la protección integral.

Existen tres etapas en la evolución y desarrollo del derecho del Menor:

**a) Primer periodo.**

Esta marcado por la inexistencia de legislación especial, y por la ejecución de directrices muy vagas y transitorias respecto a los niños y adolescentes; las normas específicas que tratan sobre la situación legal de los menores constituye una excepción dentro del sistema de adultos.

Se promulga los derechos del Niño en el Gobierno de Víctor Paz Estensoro mediante D.S. N° 04017 del 12 de abril de 1955, instituyéndose dicha fecha como nuevo día del Niño Boliviano.

Mediante esta disposición, Bolivia aborda el tema de la infancia de manera progresiva, y se adelanta al decálogo de los derechos del Niño que fuera promulgada por las naciones Unidas en 1959.

El D.S. de 21 de marzo de 1960 crea el Consejo Boliviano del menor.

La ley de 15 de enero de 1962, en base a la reforma constitucional de 1945 introduce como nueva figura del ordenamiento jurídico nacional la investigación de la Paternidad, constituyendo el precedente para su posterior regulación en el Código de familia de 1972.

**b) Segundo periodo.**

La declaración de los derechos del Niño de 1959 y las recomendaciones de los Congresos panamericanos del niño, dan lugar a que Bolivia, por vía de

codificación en forma metódica y sistemática promulgue el primer Código Boliviano.

El 12 de abril de 1966 se crea una comisión presidida por la Sra. Elsa Omiste de Ovando para revisar “las disposiciones legales vigentes en materia de menores y para el estudio y elaboración del Primer Código del Menor y su Procedimiento Especial”. Dicho cuerpo de Leyes fue promulgado por el poder Ejecutivo mediante D.S. N° 07760 de 1° de agosto de 1966.

La Dra. Gloria Blusque de Ayala, indica que el citado cuerpo de legal introduce los principios que trae consigo el nuevo derecho de menores.

- a) Justicia parcial y tutelar.
- b) Justicia especializada.
- c) Inimputabilidad e irresponsabilidad penal del menor.

Con esta características nacen los Tribunales Tutelares del Menor en el primer código Boliviano con un sentido eminentemente tutelar, educativo y resocializador, dotados de jurisdicción y competencia para resolver los problemas civiles (acciones sobre patria potestad, tutela, guarda), penales (con medidas de protecciones enmendativas y no sancionadoras ni represivas) y sociales, vinculados con el menor trabajador.

El D.S. de 22 de septiembre de 1971 N° 09922 crea la Junta Nacional de Desarrollo Social y a raves del Decreto Reglamentario N° 106 del 15 de diciembre de 1972 y la Resolución Administrativa de 10 de abril de 1974, se modifica la estructura y las atribuciones de los organismos técnico administrativos encargados de la problemática infantil. La Institución encargada para ejecutar las políticas de

protección dirigidas a la niñez, recibe el nombre de Consejo Nacional del Menor CONAME.

EL 30 de mayo de 1975 se dicta el segundo Código del Menor mediante Decreto Ley Nº 12538 abrogándose el Código antes dicho; esta nueva normativa, no hace otra cosa que judicializar con mayor rigidez los problemas sociales de la niñez boliviana.

La Junta Nacional de Acción social JUNAS constituyo el soporte institucional encargado de aplicar la nueva normativa, implementando políticas de atención y protección al Menor, a través de la dirección Nacional del Menor, órgano técnico operativo y jurisdiccional.

### **c) Tercer periodo.**

El desarrollo del Derecho de Menor en nuestro país, se da en forma paralela a la lucha de recuperación de la forma democrática de convivencia social, coincidiendo con el nuevo cambio de paradigma de tipo jurídico cultural, fundado en la concepción del niño como ciudadano pasible de protección integral, y la creación de la nueva Doctrina jurídica, destinada a reconocer el derecho de los niños a su desarrollo integral y a la especial protección del Estado que nace de la incorporación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.<sup>4</sup>

Su ratificación origina el deber y la necesidad de concordar su contenido con los textos legales referentes a la materia, debido a que entraba en franca contradicción con lo preceptuado en los mismos.

---

<sup>4</sup> Garate Martin (1994) Convención Internacional y Legislación de Menores, Memorias del Segundo Foro Latinoamericano Permanente por la INFANCIA UNICEF, Cochabamba Bolivia.

Bolivia, firma el 8 de marzo de 1989 la Convención Internacional de los Derechos del Niño y el Congreso Nacional, la ratifica el 14 de mayo del mismo año, mediante Ley N° 1152. Entra en vigencia el 2 de septiembre de 1990, constituyendo a partir de ese día ley de la República y fuente para el ordenamiento jurídico actual.

La nueva Ley le concede al niño el status de ciudadano en desarrollo, al profundizar sus derechos fundamentales y proponer mecanismos de control y exigibilidad de los mismos. El Código del Niño, Niña y Adolescente que entra en vigencia en Bolivia en junio del 2000, consta de 319 artículos que se encuentran divididos en tres libros, que a su vez se subdividen en Títulos, estos en Capítulos y en secciones. Los tres grandes temas que abarcan son.

**d) Libro primero.**

Referido a los derechos y deberes Fundamentales, en el, se consagran los derechos y libertades fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y establecen mecanismos que aseguran su aplicación y cumplimiento.

**e) Libro segundo.**

Legisla la Prevención, Atención y Protección estableciendo el régimen de prevención, protección y atención que el estado garantiza a la infancia para asegurar su desarrollo integral, orientando las políticas nacionales relacionadas con los mismos.

**f) Libro tercero.**

Norma de Protección Jurídica. La Responsabilidad, la Jurisdicción y los Procedimientos.



Se trata de un cuerpo legal que se acoge a la Doctrina de la Protección Integral y reconoce los derechos de los niños, niñas y adolescentes comprendidos entre 0 y 18 años, regulando normas para todo el universo de la infancia y adolescencia.

Si analizamos la historia de la infancia y el reconocimiento del niño como sujeto de derecho descubrimos que este es un acontecimiento reciente en la historia de la humanidad.

Comprender, y sobre todo, aceptar que los niños y niñas poseen una realidad y necesidades, así como, derechos propios que trascienden el marco familiar no ha sido un asunto sencillo. Históricamente y como lo sostiene (**Philippe Aries**); hasta bien entrado el siglo XVI, la niñez tal y como la hemos empezado a entender hoy, no existía. Esta categoría Humana se nos presenta como resultado de una compleja construcción social que responde tanto a condicionantes de carácter estructural, como a formas particulares de relaciones paterno filiales. Un ejemplo, lo podemos encontrar en el proceso de tratamiento del infanticidio practicado normalmente en la antigüedad.

El Derecho de Menores se circunscribe más o menos a 100 años de existencia; y para tener el panorama más claro acerca de estado actual de esta nueva rama del derecho, es importante analizar su evolución.

Se hace necesario distinguir dos fases dentro de su desarrollo ANTES y DESPUES de la Convención sobre los Derechos del Niño. La primera abarca desde el inicio de esta disciplina jurídica hasta la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño en el año 1989, manteniendo su influencia, incluso hasta la presente década. La segunda, se inicia, con la promulgación de la Convención, y poco a poco ha ido influenciando a la gran mayoría de las legislaciones internas en las que se ha generado procesos de cambio.

En ese contexto se tiene que en el año 1899 se sanciona en el estado de Illinois una ley a la que hoy se denomina carta Magna de la Minoridad en merito a la cual se organizo, en Chicago, la judicatura especializada para menores; y así la idea generalizada de sustraer de la justicia penal al menor de edad. De este modo, el derecho de Menores tuvo su primera manifestación en la esfera de las relaciones jurídicas ante los tribunales, adelantando dicha realidad a su consolidación como rama autónoma y contribuyendo decididamente al reconocimiento de la misma.

### **4.3. MARCO CONCEPTUAL.**

#### **4.3.1. GUARDA.**

La Guarda se configura como aquel instituto mediante el cual se asume temporalmente el cuidado y la custodia de un niño, niña o adolescente, ya sea en virtud de una disposición judicial o a petición de terceros interesados cuando estos constituyan una respuesta a las necesidades y expectativas del niño que se encuentra en estado de orfandad, o su permanencia al lado de sus progenitores, representa un serio riesgo para su desarrollo, su salud e incluso su vida. Asimismo será concedida en caso de suspensión de la autoridad en tanto se procede al tratamiento y orientación de los padres con la finalidad de que asuman los derechos deberes emergentes de su autoridad de manera responsable de modo que permitan una vez vencido el término establecido en la resolución, restaurarse los vínculos familiares, como también procederá, cuando concurren circunstancias graves que impidan a los progenitores la atención y cuidado de sus hijos.

Como institución legislada en el Título referido al Derecho a la Familia, concretamente en la Familia Sustituta del nuevo Código del Niño, Niña y Adolescente, la Guarda tiene por finalidad el cuidado, protección, atención y asistencia integral de modo provisional de un niño, niña o adolescente en un hogar sustituto a fin de lograr su formación plena como persona en un ambiente de afecto y seguridad. Es una alternativa de convivencia no institucional para aquellos

niños que no pueden vivir con su familia, por encontrarse en una situación de riesgo o desamparo y supone la integración plena del niño en la familia que lo acoge, que se compromete a tenerlo consigo, educarlo como si fuese un miembro más, proporcionándole una correcta formación integral.

A través de esta figura, se pretende dotar de una familia al niño que no la tiene, y evitar la internación, que en todo momento debe ser considerada como último recurso.

#### **4.3.2. CLASES DE GUARDA.**

#### **4.3.3. GUARDA EN FAMILIA AMPLIADA.**

Para la integración en un hogar sustituto se tomará en cuenta en primera instancia, el grado de parentesco y la relación de afinidad y afectividad, en consecuencia, corresponderá que los guardadores sean seleccionados de entre los familiares, siempre y cuando previo informe social se haya constatado que: haya parientes que deseen acoger al niño; que hayan mostrado anteriormente interés por su bienestar; que sean capaces de brindarle amparo, tengan una aptitud educadora y que las personas que convivan con el no se opongan a la guarda.

Generalmente el acogimiento por la familia extensa bajo la modalidad de guarda es una medida de carácter provisional, tendente a propiciar las condiciones adecuadas para que el niño, niña o adolescente pueda ser reintegrado al lado de sus progenitores y constituye el medio más apropiado para que el sujeto en edad evolutiva pueda encontrar respuestas a sus necesidades y problemas con sus progenitores, gracias a los aportes que le brinda su contexto familiar, una vez que ya han sido superados los conflictos que motivaron la separación.

#### **4.3.4. GUARDA EN FAMILIA AJENA.**

En este caso, el niño, niña o adolescente, es asignado a la persona o familia que sin tener ningún vínculo familiar, ha presentado solicitud de guarda, constituyéndose en un instrumento fundamental para favorecer el desarrollo armónico de su personalidad cuando se encuentra en situación de riesgo, por la falta de su familia de origen o por problemas con ella.

El niño puede encontrarse en un Hogar del Estado o bien puede ocurrir que precariamente se encuentre en guarda de hecho, por haber terceras personas sin atribución de la ley o delegación del juez, por propia autoridad toman a un niño a su cargo y asumen su atención por alguna circunstancia de desamparo o abandono del mismo.

El art. 44 del Código de la Materia establece el término de 72 horas para comunicar a la autoridad, el acogimiento de referencia.

#### **4.3.5. GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.**

Puede acontecer que la guarda solicitada recaiga en un niño cuya situación de desamparo no es transitoria debido a la inexistencia de filiación o porque se encuentra en trámite la extinción de la autoridad paterna debido al abandono que ha sufrido por parte de sus progenitores. Puede acontecer que el niño que se encuentre bajo la guarda de un organismo de protección sea dado en guarda a un particular en atención a su situación de desamparo paterno.

En ese contexto, la institución constituye un estadio previo a la adopción, que permitirá que la integración a la vida familiar sea menos traumática tanto para el niño como para la nueva familia. A través del periodo de convivencia del niño, niña o adolescente con su previsible familia adoptiva se busca que *su* asimilación a un nuevo hogar se lleve a cabo de manera gradual.

#### **4.3.6. ACOGIMIENTO EN UNA INSTITUCIÓN.**

El art. 210 del Código del Niño, Niña y Adolescente establece como una medida de protección el acogimiento en Centros de Atención. Este acogimiento conforme lo estipula el art.40 tendrá carácter excepcional y transitorio y se prevé para los supuestos que no haya sido posible la guarda en familia.

Respondiendo a una nueva orientación de cambio en el sistema de protección de la niñez, las instituciones pueden constituir un gran recurso eventual y de emergencia mientras se determina lo que mejor convenga al interés superior del niño convirtiéndose en una propuesta alternativa y generadora de mecanismos para la pronta reinserción familiar, pues todo niño tiene derecho a crecer con sus padres o, a falta de ellos, con quienes estén en posibilidades de sustituirlos como propios.

La nueva normativa exige una organización que tenga como fin primordial un servicio orientado a la prevención y tratamiento del abandono, con la provisión y organización de servicios para los niños que sufren desamparo y para las familias en crisis, teniendo como objetivo principal el mantener y restablecer la unidad familiar, y en caso de no ser posible, brindar protección al niño mientras se lo ubica en una modalidad de alternativa familiar, en este caso, la guarda con particulares.

#### **4.3.7. GUARDA ILEGAL.**

Guarda, como el mismo término lo indica es la facultad de recibir bajo cuidado, sustento, responsabilidad la integridad física y psicológica de un infante o persona incapacitada para su propio cuidado, que dicho de otro modo vendría a ser la tenencia de un menor sin una previa sentencia pasada por autoridad competente que la autorice.

En las Defensorías de la Niñez y Adolescencia se da a menudo que los padres o progenitores entregan a sus hijos a sus padres (abuelos), con el pretexto de ir a trabajar u otros, por lo que los abuelos se hacen cargo de sus nietos sin tener ningún documento legal por lo cual determina el juez para que se puede evidenciar la tutela de los mismos, es de esta manera que la guarda de los menores no es legal por no contar con una resolución donde se determina la guarda y esta expedida por el juez competente.

#### **4.2.3. SUPUESTOS QUE AUTORIZAN LA GUARDA.**

Entre los supuestos que hacen posible la guarda señalamos los siguientes:

- a) La posibilidad de adoptar medidas que se estimen necesarias para evitar cualquier perjuicio al niño y la necesidad de proteger sus derechos determinen el alejamiento de la familia biológica, como lo prevé el Art. 27 del Código del Niño, Niña y Adolescente.
- b) En materia matrimonial, las medidas previstas en el Art. 255 del Código de Familia referidas a la posibilidad de encomendar a los hijos a una persona distinta de los progenitores.
- c) Como medida de protección social que puede determinar la autoridad judicial, según lo dispuesto por el inc. 4 del Art. 210 del CNNA.
- d) Una vez comunicado el acogimiento de un niño, niña y adolescente por terceras personas.

#### **4.2.3.1. CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS GUARDADORES.**

El Código no establece los parámetros de valoración de la idoneidad de los guardadores, pues la figura del guardador no ha sido aun bien delineada legalmente, sin embargo en función al interés superior del niño que ha de primar en todo proceso en el que esté en juego alguno de sus derechos, la consideración primordial será garantizarle condiciones materiales sociales familiares, educativas, idóneas para el pleno desarrollo de su personalidad.

Joan Égea Fernandez" valora los siguientes aspectos a considerar:

##### **a) CARACTERÍSTICAS PERSONALES.**

Se refieren a la salud, estabilidad emocional, posibilidad de dedicación o capacidad de adaptación ante la nueva situación que plantea el acogimiento. La ley no alude expresamente a la edad ni establece un límite para poder demandar la guarda. Se entiende que se requiere la mayoría de edad o al menos hallarse emancipado.

##### **b) CIRCUNSTANCIAS SOCIOECONÓMICAS.**

No hace falta decir que el criterio económico no debe utilizarse como elemento discriminador para valorar negativamente a los solicitantes del acogimiento que tengan menos recursos, salvo que su situación económica no pueda garantizar mínimamente la efectividad de la medida de protección.

##### **c) CAPACIDAD EDUCATIVA Y ENTORNO FAMILIAR DIRECTO QUE PUEDA DAR SOPORTE A ESTA TAREA.**

Es aquí donde cobran especial relevancia las entrevistas que llevan a cabo el trabajo social y psicológico y, si proceden los cuestionarios y las pruebas psicométricas.

#### **d) OTRAS CIRCUNSTANCIAS.**

Puede ocurrir que los acogedores soliciten la guarda pero sin expectativas de crear posteriormente un vínculo de filiación sino con el único fin altruista de prestar socorro a quien lo necesite y asegurar la convivencia familiar a los niños que tuvieran ese derecho conculcado.

Finalmente, el guardador deberá tener presente en todo momento la herencia cultural y biológica del acogido, así como en su caso la aceptación de la relación del mismo con su familia biológica si es que esta existe.

#### **4.4. MARCO JURIDICO.**

##### **4.4.1. NATURALEZA JURÍDICA.**

Cuando se habla de la guarda de los/as hijos/as de acuerdo al Art. 42 nos referirnos al ejercicio de la autoridad de los padres o terceros.

“La guarda tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente con carácter provisional y es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores; en caso de divorcio y separación de las uniones conyugales libres y en otros casos a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal.”

En ese contexto tenemos que en la historia del Derecho está relacionada con el surgimiento de las diferentes ramas que corresponden a diversas temáticas; así tenemos el Derecho Civil, Procesal, Comercial y otros. Todas estas materias forman un marco jurídico que regula las relaciones entre las personas; sin embargo, cada una de ellas, siendo parte de la globalidad jurídica, tiene su propia especificidad y tiene principios propios por los cuales se regula.



Al igual que en el derecho de familia, el derecho de la Niñez y Adolescencia no se le puede situar solamente en el ámbito del derecho Público, como tampoco en la esfera correspondiente al derecho privado.

Al respecto, señala D´Antonio “cabe advertir que si bien las vinculaciones jurídicas entre el menor y sus representantes legales así como también diversas instituciones jurídicas protectoras, pertenecen al campo estrictamente privado, al tratarse la problemática minoril que ocupa un vastísimo sector del derecho la actividad se torna eminentemente pública ante la regulación de instituciones típicamente pertenecientes a tal sector tal es el caso de la responsabilidad penal atribuida a los adolescentes cuando encuadran su conducta a un hecho ilícito.

Según el especialista, Rafael Sajon “el derecho de menores es un derecho autónomo dotado de sustantividad propia; es pues conforme la complejidad de sus asuntos, un conjunto de norma e instituciones, públicas unas y privadas otros, en las que, sin embargo, predominan las primeras en forma más acentuada cada día de acuerdo con el interés del estado de proteger integralmente al menor”.

La autonomía de una rama del Derecho requiere la concurrencia de distintos elementos e instituciones que, reflejando su especificidad de objeto y método, aparecen en el espectro jurídico con particularidades distintivas. En ese marco, tenemos dentro de la pirámide jurídica el Derecho de la niñez y Adolescencia es una disciplina autónoma con características propias que la diferencian de las demás ciencias pues las normas que lo conforman vinculan y regulan las relaciones referentes a las personas e intereses de los menores de edad. Dicha autonomía desde el punto de vista legislativo, permite verificar un conjunto de disposiciones que son susceptibles de integrar un cuerpo orgánico con independencia formal. Desde el punto de vista jurídico, debido al conjunto de normas que lo constituyen y que se encuentran regidas por principios generales que le son propios.

El Derecho siempre ha de apoyarse en la realidad y quizás como muy pocas de sus ramas, el Derecho de la Niñez y Adolescencia acusa en forma intensa la proyección de esa realidad, por lo que no puede estar subsumida en otras partes del Derecho.

Al reconocerse un nuevo sujeto de derecho y consiguientemente un nuevo bien jurídico a tutelar: el niño, niña y adolescente, que toma forma legislativa en los códigos de la materia, comprendiendo todos los deberes y obligaciones de la comunidad hacia este segmento de la población como responsabilidad de la familia y el Estado. El nuevo Derecho surge como respuesta a la toma de conciencia respecto a la protección especial que requiere la niñez y la adolescencia.

Son varios; los factores que gravitan en el desarrollo del mismo, entre ellos podemos mencionar la corriente de los Derechos Fundamentales y Sociales, la Declaración de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, el derecho constitucional en la materia, la corriente de los Derechos del Niño, promulgados en la Convención Internacional; y la presencia del Estado en los asuntos de la infancia y adolescencia, como la corriente de codificación de Derecho Internacional de la Niñez traducido en las diferentes declaraciones y tratados existentes al momento.

Según Chunga, el aspecto sustantivo del Derecho de Menores, lo constituyen los principios de las declaraciones y garantías que aseguran los derechos que tienen los menores a los derechos fundamentales. El aspecto Adjetivo, o Derecho Procesal de Menores que tiene como objetivo señalar el procedimiento ordinario, tanto en la vía civil, social como penal.

En ese marco, tenemos que el ámbito jurídico de la protección a la niñez y adolescencia abarca la tutela integral desde la concepción hasta la edad de 18

años. Y consecuentemente, todas las cuestiones civiles, trabajo de menores, políticas de prevención, atención y protección, instrucción primaria y profesional, trabajo infantil, patria potestad, tutela, adopción guarda, justicia especializada y justicia penal juvenil. En ese marco, las nuevas tendencias no solo se limitan a promover la legislación referente a infancia en normas sustantivas; sino también en normas adjetivas con participación de Tribunales y Órganos especializados con competencia específica para atender asuntos de esta categoría social.

El especialista Dr. Rafael Sajón establece que "el Derecho de Menores se afirma en la democracia, en el Estado de Derecho, procurando la libertad, la justicia y la realización de la vida plena del menor, como sujeto prevalente".

#### **4.4.2. CARACTERÍSTICAS DE ESTA NUEVA RAMA DEL DERECHO.**

Como lo expresara Ferrara, se trata de un conjunto de normas que constituyen un cuerpo autónomo de principios con espíritu y directivas propias.

1. Siendo una rama autónoma, no es un derecho aislado, se inserta en el mundo jurídico aportando su especificidad.
2. Busca la protección integral de su sujeto: o sea vela por los derechos fundamentales, los políticos, los civiles, los económicos, los culturales y los sociales.
3. Tiene antecedentes históricos nacionales e internacionales.
4. Sus principios surgen de una toma de conciencia universal de la historia de la niñez y adolescencia; y por tanto, no pueden ser abolidos o supeditados a otras ramas del Derecho.

5. Tiene como objeto propio, las normas reguladoras de las relaciones jurídicas relativas a la persona e intereses de los niños.

6. El Derecho de la Niñez y Adolescencia es una ciencia jurídica. Su método será consecuentemente, el común a las Ciencias Jurídicas; es decir, hace uso de la inducción y de la deducción a la vez. Su método propio sigue al de las ciencias sociales.

7. Por la naturaleza de sus normas es un *ius cogens*, de reglamentación estatal, de imperio de la voluntad del Estado a los efectos de la realización de su obra ordenadora y tuitiva.

#### **4.4.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.**

Un primer aspecto a tener en cuenta en materia del interés superior del niño es que a diferencia de lo que se pensaba cuando recién surge este concepto no se trata de un concepto que encierra una simple declaración de intenciones, de carácter abstracto e indeterminado y por ende sujeta a múltiples interpretaciones.

En la actualidad y a partir de su consagración expresa como norma en el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no existe duda de que constituye una norma jurídica de reconocimiento universal y obligatorio cumplimiento, cuya falta de respeto genera la responsabilidad tanto de los Estados parte como de los particulares.

Dado el reconocimiento de un catálogo enunciativo de derechos consagrados en la Convención, el contenido del interés superior del niño se define como la plena satisfacción integral de sus derechos. Así, «sólo lo que se considera derecho puede ser interés superior». Lo expuesto implica lograr la máxima satisfacción de todos sus derechos siempre que sea posible y la menor restricción de ellos.

Tratándose pues de un principio garantista, es asimismo importante referir la opinión de Cillero Bruñol respecto a la existencia de principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño que son de carácter estructural, es decir, que permiten a su vez ejercer otros derechos y resolver conflictos entre ellos. Estos principios son el de igualdad y no discriminación (Artículo 2), efectividad (Artículo 4), autonomía y participación (Artículos 5 y 12), y protección (Artículo 3).

Asimismo, cabe tener en cuenta que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a ser considerado como principio «rector guía» de ella. En tal sentido, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el «interés superior del niño» deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención. No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce.

De conformidad con la Doctrina de Protección Integral, las funciones normativas del interés superior del niño podrían ser catalogadas de la manera siguiente:

- a) Es un principio garantista que establece el deber del Estado de privilegiar los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos humanos, instituciones o valores constitucionalmente reconocidos, como por ejemplo la identidad o diversidad cultural o intereses públicos o colectivos.
  
- b) Sobre la base del interés superior del niño, los derechos reconocidos por la Convención deben ser interpretados de manera integral y sistemática, debiendo resolverse los conflictos entre ellos en base al ya referido método de la ponderación.

- c) Implica el deber de privilegio de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales.
- d) Garantiza la reducción del margen de discrecionalidad del Estado para restringir los derechos de los menores de edad consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, garantizando así su efectiva protección.
- e) El interés superior del niño debe ser respetado en el accionar de la sociedad en su conjunto, lo que comprende la actuación de todas las instituciones privadas, así como de sus propios padres o responsables.
- f) De igual manera, el interés superior del niño puede servir de criterio interpretativo de las normas vigentes, así como de aquellas prácticas que no se encuentran expresamente regidas por la ley, permitiendo en este último caso llenar los vacíos o lagunas legales tanto para la formulación de nuevas normas jurídicas como para la toma de decisiones en los casos en que no existe norma expresa.

Cabe referir que la importancia del respeto al principio del interés superior del niño se encuentra asimismo formalmente reforzada al haberse establecido expresamente en el Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. Dicho artículo dispone que en toda medida concerniente al niño, niña y adolescente que adopte el Estado a través de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y el respeto a sus derechos.

Sin embargo, es lamentable que a pesar de todo lo expuesto, el Comité de Derechos del Niño haya manifestado en su último informe sobre el Estado su preocupación debido a que, si bien reconoce que el principio del interés superior

del niño está recogido en el Código de los Niños y Adolescentes, en la práctica no viene siendo plenamente aplicado, y cita como ejemplos la asignación de recursos a los temas de niñez, las decisiones sobre otros tipos de cuidado y su revisión y la administración de justicia. En tal sentido, el Comité ha recomendado expresamente a que persevere en su empeño por lograr que el principio general del interés superior del niño se comprenda adecuadamente y se integre debidamente en todos los instrumentos jurídicos, así como en las decisiones judiciales.

El legislador ha previsto varias modalidades de familia sustituta como medidas protectoras de la niñez y adolescencia, entre una de ellas, tenemos a la guarda legal.

A través de esta figura, se pretende dotar de una familia al niño que no la tiene, y evitar la internación, que como en todo momento debe ser considerada como último recurso.

#### **4.4.3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.**

Señala Rafael Sajón que en la ciencia jurídica, la ciencia del Derecho de Menores nos lleva al descubrimiento y conocimiento de una serie de principios jurídicos; y que una vez reconocida la existencia de los mismos, es necesario asegurar su realización práctica; es decir, que esos principios abstractos e ideales que se originan en el contacto, en la interrelación, en la convivencia, se conviertan en normas jurídicas adecuadas para asegurar su realización en la vida social, en las relaciones sociales y en el comercio jurídico de los hombres.

La técnica jurídica tiene precisamente ese objeto: facilitar y asegurar en todo lo posible la aplicación de las reglas abstractas del Derecho, del Derecho de Menores en particular, a los casos, o mejor dicho, a las situaciones concretas.

Al respecto Dworkin manifiesta que los principios son proposiciones que describen derechos cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia.

Carlos Tiffer Sotomayor sostiene que "el desarrollo de la nueva concepción del Derecho de Menores se ha fundamentado en una serie de principios propios de esta disciplina jurídica, alrededor de los cuales se han ido transformando las legislaciones internas de los diferentes países de la región. Estos han sido positivizados por la normativa internacional y han influido grandemente en el cambio de orientación del derecho de la niñez y adolescencia. Se parte de la idea de que los menores de edad, como seres humanos, son titulares de todos los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales. De esta manera, se los considera sujetos de derechos humanos absolutos y originarios.

Carlos Hebert los define como el conjunto de facultades que les corresponde, en principio, como seres distinguidos por un conjunto de atributos únicos en relación a otras especies; y además, por gozar de un especial reconocimiento protectorio, por hallarse en las etapas del desarrollo previas al estadio adulto.

El reconocimiento de estos derechos tiene como objetivo asegurar la formación integral del menor, es decir, una formación que abarque todos los ámbitos de su desarrollo, sea en los aspectos sociales, culturales, familiares, psíquicos o jurídicos". Puede decirse que los principios en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos." Las nuevas legislaciones relativas al Derecho de la Niñez y Adolescencia permiten identificar una serie de principios, los mismos que constituyen el marco a través del cual se realice la lectura, interpretación y aplicación de cualquiera de sus disposiciones. Entre estos principios citamos:



## **1. EL PRINCIPIO DE LA INTEGRALIDAD.**

Los Códigos de Menores o de la Niñez y Adolescencia inspirados en la doctrina de la protección integral incorporan en su texto un conjunto de derechos civiles, sociales culturales, políticos y económicos, partiendo de la idea de que el niño es un ser integral y completo que requiere la garantía de sus derechos a la sobrevivencia, la protección y la participación. Si bien los derechos que se reconocen a esta categoría social son interdependientes entre sí, exigen la satisfacción de cada uno de ellos para la consecución efectiva de una protección integral.

## **2. EL PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN.**

Las normas de los Códigos de la materia son aplicables sin ningún tipo de distinción a todos los menores de edad del territorio. El niño goza, sin discriminación alguna, de los derechos humanos como principios rectores fundados en justa razón y en las características multiétnicas y pluriculturales de la Nación. Ni la ley ni las autoridades pueden establecer diferencias arbitrarias con el niño. El concepto se amplía cuando, además, se prohíbe cualquier forma de discriminación, tanto por las condiciones personales del niño como por la de sus familiares o sus representantes.

## **3. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA.**

Señala Miguel Cillero Bruñol que con la nueva Doctrina de la Protección Integral se considera al niño como un sujeto pleno de derecho, dejando atrás la imagen del niño objeto de representación, protección y control de los padres o del Estado. De esta forma se construye un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una protección complementaria. Sin embargo, surge la paradoja de que si bien el niño es portador de derechos y se le reconoce la capacidad para ejercerlos por sí mismo, el propio ordenamiento jurídico no le adjudica una autonomía plena, debido a consideraciones de hecho que tienen que ver con su madurez y jurídicas,

referidas a la construcción jurídica tradicional de las niñas y los niños como personas dependientes de sujetos adultos, en particular de sus padres.

Al disponerse en la Convención que el ejercicio de los derechos de los niños es progresivo en virtud de "la evolución de sus facultades", y que a los padres y demás responsables les corresponde impartir "orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos", se tiene que éste debe desarrollar progresivamente el ejercicio autónomo de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso; esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía. Lo importante de esta concepción de autonomía progresiva es que de ella se desprende que el niño es también portador de una creciente responsabilidad por sus actos. Esta responsabilidad permitirá afirmar que no solo la niñez y la adolescencia son destinatarios de las normas prescriptivas y prohibitivas del ordenamiento jurídico, sino también que pueden, según su edad y la evolución de sus facultades, constituirse en responsables de sus actos ilícitos. De este modo la idea de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos del niño se constituye en la clave para interpretar la función del Estado y la familia en la promoción del desarrollo integral de la infancia y la distinción jurídicamente relevante, entre niños y adolescentes, permitiendo hacer operativas las fórmulas referidas a la responsabilidad especial de los adolescentes ante ley penal o el reconocimiento de los derechos de participación y expresión".

#### **4. EL PRINCIPIO DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO.**

El niño es titular de los derechos que se reconocen a todas las personas; como tal, debe gozar de los derechos y garantías que estipulan la Constitución del Estado, los Tratados Internacionales y las leyes internas estipuladas para todos los habitantes; es decir, todos los derechos le son predicables y ninguno le podrá ser negado por el solo hecho de su edad.

El enfoque de los derechos humanos aplicados a la infancia, es el de constituir una nueva concepción del niño y de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Esta concepción se basa en el reconocimiento expreso del mismo como sujeto de derecho, en oposición, a la idea predominante del niño definido a partir de su incapacidad jurídica.

## **5. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR.**

Va dirigido a consagrar la frase de que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás", ya provengan del Estado, la sociedad o la familia, todas las medidas concernientes a los niños tendrán como consideración primordial el interés superior del niño; de modo que siempre se favorezca a su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. El interés superior del niño, será la plena satisfacción de sus derechos y la vigencia efectiva de los mismos.

"La dimensión de este principio rebasa el campo estrictamente legal y se entronca con la esencia misma de la cultura, de la ideología, con el modo de vida prevaleciente en la sociedad, con el trato que el niño recibe de ella. Es un asunto de percepción y de acción; es una cuestión de relaciones sociales que se entablan entre el niño y la sociedad en un lugar y tiempo determinado; es un asunto de gobierno y de gestión, como tomar decisiones y asignar recursos y soportes que promuevan al niño".

## **6. EL PRINCIPIO DE LA PARTICIPACIÓN.**

Que reconoce el derecho implícito a la libertad de opinión en todas las cuestiones que le atañen como la libre expresión de sus creencias, sentimientos y opiniones en general, y en todo asunto que le afecte y que en función a su edad y madurez pueda formarse juicio. De este modo, queda la sociedad y el mundo adulto obligado a escuchar su voz, dejando de lado la concepción del niño como incapaz

de interpretar la realidad de vivir sus propias experiencias a partir de sí mismo. Con este principio el niño, tiene derecho a la libre expansión de sus facultades y al ejercicio de sus aptitudes individuales. En ese marco, corresponde a "todo Estado garantizar el goce de este derecho; el ejercicio pleno del mismo no deberá quedar restringido a los asuntos de orden jurídico, sino, abarcar el campo más amplio de la cultura, reconociéndose el derecho de asociación y participación en todos los espacios sociales de la libre discusión, así como las libertades de celebración de reuniones pacíficas".

## **7. EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD FAMILIAR.**

Todo niño tiene derecho a ser en primera instancia criado y educado en el seno de su familia de origen; a la falta de esta, en una familia sustituta. Para tal efecto y en cumplimiento de esta directriz, se establece una serie de salvaguardias a las que el Estado dará respuesta con el fin de evitar la disgregación familiar y la institucionalización en Centros de Atención Estatal o privados.

## **8. EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD.**

En sentido vasto, el principio de la proporcionalidad, es conocido como el principio de prohibición de exceso, y constituye un límite a las potestades estatales, aplicables en muchos ámbitos. En sentido estricto, es el juicio de ponderación de intereses, que trata de lograr un equilibrio. En un Estado democrático, la proporcionalidad será vista como un límite a los abusos de poder y una garantía para los derechos de los ciudadanos. Este principio debe identificarse con los valores e intereses constitucionalmente protegidos por el legislador y la Carta Magna. En la justicia penal juvenil, la aplicación de este principio está inspirada en parámetros que posibilitan el desarrollo normal de los jóvenes y adolescentes sometidos a proceso penal. Lo que se busca es evitar, en la mayor medida posible, que el adolescente sufra un daño irreparable.

#### **4.4.4. FUENTES DEL NUEVO DERECHO.**

Entre las fuentes del derecho de la Niñez y Adolescencia citamos en primera instancia: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina; y en segunda instancia debemos tomar en cuenta los acuerdos y las recomendaciones de los Congresos Internacionales como las directrices emanadas de los organismos de las Naciones Unidas (UNICEF, UNESCO, CEA, ONU, I.I.N), asimismo los tratados sobre la materia firmados entre dos o más países, pues todos ellos han incidido como elementos creadores en el nuevo Derecho.

#### **4.4.5. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL NUEVO DERECHO.**

La Constitución Política del Estado máximo instrumento de la legislación boliviana, dedica indirectamente al menor, varias de sus disposiciones, al regular la educación y la promoción cultural, las relaciones laborales y la protección a la fuerza de trabajo.

Sin embargo, al establecer en su artículo 6° que "todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes y goza de los derechos, libertades y garantías reconocidas por ella..." se opera una confusión, parecería que deja de lado a aquellas personas que no han cumplido los veintiún años de edad, porque expresamente no reconoce a quienes no han llegado a la mayoría de edad, como verdaderos sujetos de derecho.

En nuestra Constitución, los niños son tratados en función de la familia cuando establece en el art. 199, que a la letra dice: "El Estado protegerá la salud física, mental y moral de la infancia y defenderá los derechos del niño al hogar y a la educación"

Se hace necesario que en la propuesta de modificación a la Carta Magna, el Estado reconozca de manera expresa a los niños, niñas y adolescente como sujetos sociales y de derecho; y como dijera la Dra. Sonia Soto "ciudadanos en ejercicio de todos los derechos, replanteándose el concepto de ciudadanía para que se reconozca a hombres y mujeres de todas las edades y condiciones, la titularidad en los derechos civiles, y políticos, los económicos, sociales y culturales; y los denominados de la tercera generación, que se refieren al derecho a una vida digna, con acceso no solo a lo elemental para sobrevivir, sino también a los derechos de producir, trabajar, percibir un salario justo y equitativo; tener libertad para opinar, disentir, reclamar, denunciar y participar en su comunidad en condiciones de igualdad y democracia"

#### **4.4.6. RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN VIGENTE.**

Como ya se indico, el Derecho de la Niñez y Adolescencia, supone un complejo de normas e instituciones, privadas las unas y públicas las otras. Desde "este punto de vista, guarda estrechas e íntimas relaciones con el Derecho 'Constitucional, de Familia, Civil, Penal y Laboral.

Con el Derecho de Familia, en todo lo que se refiere a la patria potestad y autoridad de los padres, filiación, guarda, tutela, etc.

- **Código de Familia.- Art 145 (situación de los hijos),** El juez define en Sentencia la situación de los hijos teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos.

Por razones de moralidad, salud o educación puede confiarse la guarda a uno solo de los padres o prescindirse de ambos optando entre los abuelos paternos o maternos o hermanos o entre los hermanos de dichos conyugues en caso necesario la guarda puede ser confiada a tercera persona de conocida idoneidad.

Las relaciones se tornan más acentuadas con el Derecho de Familia, pues en algunos aspectos, ambos parecen converger sobre las mismas materias. Es importante destacar la estrecha relación que guardan ambos Derechos ya que no es apropiado considerar al menor al margen de su inmediato entorno humano: la familia; al mismo tiempo que este pierde su más importante sentido si se hace abstracción del niño. De esta inapelable realidad deriva la lógica proximidad entre los Códigos de Familia y del Niño Niña y Adolescente.

Es valioso remarcar que mientras el Código de Familia protege y regula el núcleo social primario, estableciendo en todos los casos de familia, que el interés jurídicamente tutelado no es exclusivo o predominantemente del niño o del joven, sino también de los padres.

El Código del Niño, Niña y Adolescente tiene su especificidad, precisamente en el menor de 18 años y abarca las relaciones jurídicas a partir de éste y los derechos humanos fundamentales que le conciernen. La relación se funcionaliza jurídicamente por la complementariedad que las disposiciones de un Código tienen con relación a las del otro, dada la conexión entre ambos Códigos respecto a una misma institución o derecho.

- **Código Niño, Niña y Adolescente Ley 2026.- Art. 38 (Integración a hogar sustituto)**, la integración a hogar sustituto se efectiviza mediante la guarda tutela o adopción en los términos que señala este código y tomando en cuenta los siguientes requisitos.
- **Art. 39 (Resolución Judicial)**, la integración del niño, niña o adolescente en un hogar sustituto solo procederá mediante Resolución del Juez de la Niñez y Adolescencia.

1.- El niño o niña siempre que sea posible por su edad y grado de madurez y en todos los casos el adolescente, deberán ser oídos previamente y su opinión será fundamental para la decisión del Juez.

2.- Se toma en cuenta el grado de parentesco, la relación de afinidad y de afectividad, su origen, la comunidad, condiciones culturales, región y departamento donde se desarrolla el niño, niña o adolescente.

3.- En caso con el fin de evitar y atenuar las consecuencias emocionales y psicológicas emergentes de la medida se procurara la no separación de los hermanos.

Calbento Solari establece la diferencia entre ambas ramas desde el aspecto teleológico, pues sostiene que en el Derecho de Menores, la figura del niño aparece como sujeto prevalente de derechos, como motivo y fin de una especial normatividad; mientras que en el Derecho de Familia, el niño no ocupa una posición predominante y su consideración resulta de ser integrante más de la familia, operándose su protección a través de la normalización de la familia y los vínculos que emergen de la misma.

## **5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

¿Por qué es necesario reglamentar el proceso extrajudicial de la guarda en la Defensoría de la Niñez y Adolescencia en la Sub Alcaldía de Villa San Antonio Distrito 4?



## **6. OBJETIVOS.**

### **6.1. OBJETIVO GENERAL.**

- Proponer, un reglamento referente a la autorización del proceso extrajudicial de la guarda.

### **6.2.- OBJETIVO ESPECIFICO.**

- Evaluar, las principales causas que obligan a las personas recurrir a la guarda.
- Explicar, porque es necesario un reglamento en la normativa vigente que autorice el proceso extrajudicial de la guarda.
- Demostrar la necesidad de reglamentar el proceso extrajudicial de la guarda.

## **7. METODOS Y TECNICAS DE INVESTIGACION.**

### **7.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.**

#### **7.1.1. MÉTODOS TEÓRICOS.**

Permiten revelar las causas y relaciones de fenómenos de la realidad, racionalmente, saliendo del marco de las características sensoriales de los objetos.

#### **7.1.1.2. MÉTODO DE ANÁLISIS.**

Implica separación mental o material del objeto de investigación en sus partes integrantes para descubrir los elementos esenciales nuevos que las conforman. Es el proceso de conocimiento que se inicia por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad.

#### **7.1.1.3. MÉTODO DE INDUCCIÓN.**

Es el método de conocimiento que conduce de lo particular a lo general, de los hechos a la causa y al descubrimiento de leyes, cuyo fundamento es la experiencia y recomendable cuando no se tiene amplia información. “Por inducción se ha entendido la reconstrucción de un hecho partiendo de ciertos indicios y la formación de una ley general por la observación de casos particulares reales”.

#### **7.1.1.4. MÉTODO HISTÓRICO.**

Todos los procesos y fenómenos del mundo material tienen existencia real, concreta y su propia historia. Están sometidos al devenir histórico: surgimiento, desarrollo, caducidad y desaparición. Este método estudia y evalúa de modo objetivo los antecedentes o hechos del pasado, causas y condiciones históricas en que surgió y desarrolló un objeto o proceso, institución jurídica, norma, etc., pero teniendo en cuenta el desarrollo social, económico, político y cultural.

#### **7.1.1.5. MÉTODO JURÍDICO.**

Esencialmente con este método se descubre los principios generales y se establecen las consecuencias que derivan de tales principios y su concordancia con las instituciones realmente en vigor y con las normas positivas. Sirve para interpretar, construir, sistematizar y comunicar el conocimiento jurídico.

## **7.1.2. MÉTODOS EMPÍRICOS.**

Están dirigidos a revelar y explicar las características observables de los hechos reales y presuponen determinadas operaciones prácticas, tanto con el objeto estudiado como con los medios materiales del conocimiento utilizado.

### **7.1.2.1. MÉTODO DE OBSERVACIÓN.**

Es el procedimiento de la investigación que consiste en un proceso deliberado de percepción dirigida a obtener informaciones sobre objetos y fenómenos de la realidad jurídica, por medio de un esquema conceptual previo y con base en ciertos propósitos definidos generalmente por una conjetura que se quiere investigar constituye la forma más elemental del conocimiento científico y se encuentra en la base de los demás métodos empíricos. Como procedimiento intencionado, selectivo e interpretativo de la realidad busca asimilar y explicar los fenómenos perceptibles del mundo real. Puede ser simple ó sistemática, participante o no participante.

## **7.2. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.**

Se refieren a los diferentes tipos de actuaciones pericia o habilidad del investigador para ejecutar conseguir conocimiento utilizando, instrumentos sistemáticamente organizados y estructurados, para garantizar el éxito en la obtención de la información controlando el error, costo tiempo y actualidad.

### **7.2.1. TÉCNICAS PARA LA OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN DOCUMENTAL**

Se apoyan en aquellos que el ser humano ha dejado huellas, como los documentos, escritos audio gráficos, video gráficos, icnográficos que se recogen en las fichas bibliográficas.

### **7.2.1.2. FICHA RESUMEN.**

Sirve para recoger información resumida o transcripción textual de ideas más importantes y relevantes extraídas de un texto teórico o expositivo extenso. Son elaboradas durante la lectura, respetando los conceptos y opiniones del autor. Puede elaborarse en las siguientes formas y manera: resúmenes o párrafos, esquemas mediante frases y oraciones, en cuadros sinópticos a través de las palabras sueltas.

### **7.2.3. TÉCNICAS PARA LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.**

Permiten recoger la información primaria, no procesada ni plasmada documentalmente: el recojo, registro y elaboración de datos debe estar en coherencia al tipo de investigación los problemas, los objetivos y el diseño metodológico formulado.

#### **7.2.3.1. TECNICA DE OBSERVACIÓN.**

Se utiliza para descubrir individualizada mente los fenómenos, es un proceso mediante el cual se busca conocer, descubrir y clasificar de manera sistemática a los fenómenos de la naturaleza, de la realidad socioeconómica, para lo cual el observador debe tener clara conciencia de aquello que desea observar. Esta observación puede ser: estructurada sistemática o no estructurada, participante o no participante, individual o en grupo, directa o en gabinete, abierta o encubierta.

#### **7.2.3.2. TÉCNICA DE LA ENCUESTA.**

Es una técnica que permite conocer la opinión posición de un sector de la población, que es objeto de observación o muestra, está basado en una batería de preguntas escritas ordenada, lógica y coherentemente formuladas, que deben ser respondidas de forma escrita. Los tipos de preguntas pueden ser generales y

especiales, basadas en hechos y opiniones, cerradas, semicerradas y abiertas, categorizadas de selección múltiple, test, operativas, etc.

# **CAPITULO SEGUNDO**

## **DESARROLLO DEL TEMA**

**NECESIDAD DE REGLAMENTAR  
EL PROCESO EXTRAJUDICIAL DE  
LA GUARDA DE NIÑO, NIÑA Y  
ADOLESCENTE EN LA  
DEFENSORIA DE LA NIÑEZ Y  
ADOLESCENCIA SUB ALCALDIA  
DE SAN ANTONIO DISTRITO 4**

## **DIAGNÓSTICO DEL TEMA DE LA MONOGRAFÍA**

### **CAPITULO SEGUNDO**

#### **DESARROLLO DEL TEMA**

#### **NECESIDAD DE REGLAMENTAR EL PROCESO EXTRAJUDICIAL DE LA GUARDA DE NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LA DEFENSORIA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA SUB ALCALDIA SAN ANTONIO DISTRITO 4**

##### **1. CONCEPTOS BÁSICOS DE GUARDA.**

La guarda tiene por finalidad el cuidado, protección, atención y asistencia integral de modo provisional de un niño niña o adolescente en un hogar sustituto a fin de lograr su formación plena como persona en un ambiente de afecto y seguridad. Es una alternativa de convivencia no institucional para aquellos niños que no pueden vivir con su familia, por encontrarse en una situación de riesgo o desamparo y supone la integración plena del niño en a familia que lo acoge, que se compromete a tenerlo consigo educarlo como si fuese un miembro más, proporcionándole una correcta formación integral.

Según Miriam P. Velazco Mugarra, la guarda y cuidado, como uno de los deberes de la patria potestad, comprende un conjunto de funciones como son el cuidado director del menor de edad, su aseo personal, su alimentación, el cuidado de su salud, su seguridad personal, su recreación, su educación, el amor y sobre todo la convivencia, como su eslabón fundamental, cuando se realiza a plenitud y sin afectar la estabilidad emocional del niño.

El Ley 2026 (Código del Niño, Niña y Adolescente en su Art. 42) define la guarda es una institución que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente con carácter provisional y es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores; en casos de divorcio y separación de las uniones conyugales libres y en otros casos a terceras personas carentes de autoridad paternal o tuición legal.

TEJEIRO LOPEZ (1998), conjunto de acciones, políticas, planes y Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.

Antonio Carlos Gómez Da Costa define con mayor propiedad y certeza, al decir que "no se trata ya de dar beneficios a los niños, sino de acabar con los maleficios que no les dejan disfrutar de los beneficios que otros tienen"

## **2. PRINCIPALES DOCTRINAS PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS NIÑOS.**

La Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, luego de diez años de intenso trabajo por parte de la comunidad internacional, constituye para los pueblos y gobiernos del mundo un reto jurídico-social de relevancia universal, por cuanto comprende un tratado internacional de derechos humanos, que cambia radicalmente el rumbo doctrinado seguido por las legislaciones respecto de la niñez y la adolescencia.

Treinta años antes de su promulgación, el 20 de noviembre de 1959, se proclamó la Declaración de Derechos del Niño, que no bastó para hacer cesar el tratamiento segregacionista de la infancia, por efecto de la aplicación de la normativa de la Situación Irregular. No bastó, entre otras cosas, porque, en estricto derecho internacional, las declaraciones son una simple formulación de derechos, que reconocen éticamente situaciones de derecho, pero que no son de obligatorio



cumplimiento por los Estado parte de esa manifestación de intenciones, muchas veces más románticas o reflejo de un momento político, que una verdadera intención o voluntarismo de estado.

Es decir, que al no tener carácter imperativo, las declaraciones se hacen, por lo general, ineficaces dentro de los países que la suscriben, convirtiéndose en una especie de "invitación" a comportarse de una manera determinada literalmente eso, una feliz invitación, por cuanto carece de mecanismos para dar eficacia y generar efectos de los derechos declarados.

Se hace esta afirmación, con la intención de o dejar duda alguna sobre la importancia de la proclamación de un instrumento de imperativo cumplimiento, como la Convención Sobre los Derechos del Niño. Es necesario también afirmar que otros instrumentos, que aunque tampoco sean de obligatorio cumplimiento, por su carácter de Resoluciones de Naciones Unidas, configuran antecedentes de la propia Convención y suministros doctrinario para el diseño de la misma, tanto así que son expresamente citados en su Preámbulo y considerados en sus normas.

Estos instrumentos son: La Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado, decidida en el año 1974; las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores o reglas de Beijing, del año 1985, y la Declaración sobre Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y a la Colocación en los Hogares de Guarda, que son de 1986.

Necesario es reiterar que antes de la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño, prevalecía la consideración minorista del niño como la más clara y deleznable expresión de la Doctrina de la Situación Irregular, en la que se sustenta el paradigma tutelar, con un enfoque de la infancia bajo la percepción de lástima, compasión, caridad y represión.

Repetimos que este paradigma tutelar divide a la infancia entre quienes tienen y pueden y los que no, sometiéndonos a un tratamiento diferencial, sujetos a la "beneficencia" protectora, los excluidos de oportunidades sociales, con una progresiva imposición de reglas que criminalizan su situación de pobreza, tomando como objeto de derecho las diversas situaciones de hecho adversas, para responder con una especie de marcaje jurídico a la apropiación del ser, desmoronando su condición humana, al someterse a la institucionalización (léase internamiento y privación de libertad). Serán pues los confinados de la sociedad todos aquellos niños que al presentar ciertas características (que más bien condiciones), sociales se les tutelarán con la represión judicial e institucional.

El marco de los Derechos Humanos sobre los cuales está asentado el fundamento de un sistema de igualdad y justicia social para las personas, permite aproximarnos a la definición de la protección integral a los niños, niñas y adolescentes. Entendida así, la Protección Integral tiene su fundamento en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social, y con los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación.

Elementos para la elaboración de un concepto de Protección Integral: TEJEIRO LOPEZ (1998)<sup>5</sup>, ha dicho que al interior del concepto de protección " se encuentra la búsqueda de la proyección general del niño y el adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades". La definición de éste autor está dirigida, sin duda, al objeto final de la protección como acción dirigida a un grupo social determinado. Interesaría además, formular una definición de protección integral a niños y adolescentes que entrañe las funciones y acciones intrínsecas de su prosecución socio-jurídica.

Protección integral al considerarla como el conjunto de acciones, políticas, planes y Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con

la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.

Esta aproximación nos permite ubicar las claras diferencias que existen entre las políticas públicas universales destinadas a generar condiciones sociales, económicas, culturales y de otra índole para la satisfacción de los derechos colectivos y difusos de todos los niños, niñas y adolescentes, con las políticas especiales destinadas básicamente a atender determinadas circunstancias que provocan situaciones de vulnerabilidad a grupos también determinados de niños, niñas y adolescentes.

Las Primeras provocan y generan disfrute Universal de Derechos, las segundas protegen frente a violaciones de estos, para liberar de afecciones sociales o de otra índole a los niños Para una rápida ubicación histórico-social, podemos decir que la Protección Integral se ha ido armando en la historia del tratamiento a la infancia como una especie de rompecabezas complejo. Ha tenido que pasar un tiempo considerable para que, a través de la crítica a las viejas formas de atención a la Infancia, se haya construido y se continúe construyendo la filosofía social de la protección Integral.

Aún cuando es claro que principios de interpretación como los de *pro libertatis* y fuerza expansiva, razonabilidad y proporcionalidad deben necesariamente aplicarse siempre que esté de por medio la defensa y promoción de derechos humanos, ello resulta más evidente cuando lo que está en juego es la protección de la dignidad y demás derechos de las personas menores de edad.

Si bien, los niños, niñas y adolescentes, como todo sujeto de derecho capaz de discernimiento, deben responder por sus actos, requieren de un tratamiento diferenciado en función de su especial situación y grado de desarrollo.

### **3. FUENTES DE LA GUARDA**

Es el origen del cual emana y se manifiesta el Derecho del Niño, Niña y adolescente, por lo que según la Ley 2026 son fuente del Derecho del Niño, Niña y adolescente con la siguiente prelación normativa:

#### **a). LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.**

La Constitución Política del Estado vigente, en un corto artículo (Nº 199), establece normas y garantías a la salud física, mental y moral de la infancia. Así mismo, señala que el Estado boliviano defenderá los derechos del niño al hogar y a la educación a través de un código especial, en armonía con la legislación general.

Las primeras disposiciones constitucionales en favor del menor se hicieron en la Convención Nacional de 1938, declaraciones que sentaron las bases de la responsabilidad estatal y de las políticas públicas a desarrollar respecto de los Derechos de la infancia. El Congreso Constituyente de 1967, perfeccionó los derechos del menor cuando obliga al Estado a regular dichos derechos mediante un código especial. En la década de los 70 Bolivia contó con una legislación especial de protección de la familia, donde se reconocía que todos los hijos gozan de iguales derechos, sin distinción de origen. Posteriormente en 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, texto que cambió significativamente el tratamiento jurídico simplemente asistencialista de la infancia, por una nueva doctrina de protección integral que consagra a los niños, niñas y adolescentes como sujetos

de derechos. En 1992, se aprobó en el país, Código del Menor y en 1999, se promulgó el nuevo Código del Niño, Niña y Adolescente.

El proyecto de constitución, aprobado tanto en la Glorieta de Sucre y en el Paraninfo Universitario de Oruro, establece 4 artículos para abordar el tema de la niñez y la Adolescencia, arts. 58, 59, 60 y 61. En estas disposiciones se deja plena constancia del rol protector del Estado respecto de los derechos inherentes a las niñas, niños y adolescentes, como ser: a la identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones; socorro en cualquier circunstancia, prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado. Prohibiendo toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad.

Un aspecto absolutamente novedoso en el proyecto constitucional es la preocupación especial del Estado respecto de las jóvenes y jóvenes bolivianos, inciso V, Art. 59. En este sentido, la niñez y adolescencia se definen como los menores de 18 años de edad y los jóvenes como el grupo etéreo comprendido entre los 18 y 25 años. El proyecto afirma que tanto el Estado como la sociedad garantizarán la protección, promoción y activa participación de este grupo generacional en el “desarrollo productivo, político, social, económico y cultural, sin discriminación alguna, de acuerdo a ley”. Este loable interés estatal por la juventud tiene un preocupante matiz y es el que se refiere al desarrollo político, que no es otra cosa que adoctrinamiento ideológico a cargo del Estado. En otro aspecto, se confirma el sutil descuido del proyecto de CPE para no comprometer al Estado en la promoción y garantías para llevar adelante políticas de Esta ley suprema contiene principios y normas generales referentes a los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Juventud en sus distintos artículos:

Art. 58. Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos en la Constitución, con los límites establecidos en esta y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones.

Art. 59. II toda niña, niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva: cuando ello no sea posible, o sea contrario a su interés superior, tendrá derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley.

Art. 60. Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.

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

## **b) CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ.**

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos

fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las

organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño, Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración, Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño, Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo.

#### **Artículo 1.**

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

#### **Artículo 2.**

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el



nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. En 1989, los dirigentes mundiales decidieron que los niños y niñas debían de tener una Convención especial destinada exclusivamente a ellos, ya que los menores de 18 años precisan de cuidados y protección especiales, que los adultos no necesitan. Los dirigentes querían también asegurar que el mundo reconociera que los niños y niñas tenían también derechos humanos.

La Convención establece estos derechos en 54 artículos y dos Protocolos Facultativos. Define los derechos humanos básicos que disfrutaban los niños y niñas en todas partes: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

Al aceptar las obligaciones de la Convención (mediante la ratificación o la adhesión), los gobiernos nacionales se han comprometido a proteger y asegurar los derechos de la infancia y han aceptado que se les considere responsables de este compromiso ante la comunidad internacional. Los Estados parte de la

Convención están obligados a la estipular y llevar a cabo todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño.

Los derechos humanos se aplican a todos los grupos de edad; los niños y niñas tienen los mismos derechos humanos en general que los adultos. Pero como son especialmente vulnerables, es necesario que tengan derechos concretos que reconozcan su necesidad de recibir una protección especial.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece los derechos que es preciso convertir en realidad para que los niños y niñas desarrollen su pleno potencial y no sufran a causa del hambre, la necesidad, el abandono y los malos tratos. Refleja una nueva visión sobre la infancia. Los niños y niñas no son la propiedad de sus familias ni tampoco son objetos indefensos de la caridad. Son seres humanos y son también los titulares de sus propios derechos. La Convención ofrece una visión del niño como un individuo y como miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su etapa de desarrollo. Al reconocer los derechos de la infancia de esta manera, la Convención se centra firmemente en todos los aspectos del niño y la niña.

La Convención y su aceptación en tantos países han servido para defender la dignidad humana fundamental de todos los niños y niñas y la necesidad urgente de asegurar su bienestar y su desarrollo. La Convención deja muy clara la idea de que una calidad básica de vida debe ser el derecho de todos los niños y las niñas, en lugar de un privilegio que disfrutaran solamente unos cuantos.

A pesar de la existencia de toda esta serie de derechos, los niños y las niñas sufren a causa de la pobreza, la falta de hogar, los malos tratos, el abandono, las enfermedades que se pueden prevenir, la desigualdad en el acceso a la educación y la existencia de sistemas de justicia que no reconocen sus necesidades especiales. Estos son problemas que ocurren tanto en los países industrializados como en aquellos que se encuentran en desarrollo.

La ratificación casi universal de la Convención refleja el compromiso del mundo con los principios que sustentan los derechos de la infancia. Al ratificar la Convención, los gobiernos indican su intención de convertir en realidad este compromiso. Los Estados parte están obligados a enmendar y promulgar leyes y políticas que pongan plenamente en práctica la Convención, y deben asegurar que todas las medidas se tomen en consonancia con el interés superior del niño. La tarea, sin embargo, debe contar con la participación no sólo de los gobiernos sino de todos los miembros de la sociedad. Las normas y los principios que se articulan en la Convención solamente pueden convertirse en realidad cuando sean respetados por todos, en la familia, en las escuelas y en otras instituciones que proporcionan servicios a la niñez, en las comunidades y en todos los niveles de la administración pública.

#### **c) LAS LEYES.**

Según el especialista Rafael Sajón “el derecho de menores es un derecho autónomo dotado de sustantividad propia; es pues, conforme a la complejidad de sus asuntos, un conjunto de normas e instituciones, publicas unas y privadas otras., en las que, sin embargo, predominan las primeras en forma más acentuada cada día de acuerdo con el interés del Estado de proteger integralmente al menor”. : Regla de conducta obligatoria dictada por el poder legislativo, o por el poder ejecutivo cuando lo sustituye o se arroga sus atribuciones.

#### **d) LA JURISPRUDENCIA.**

Tiene gran importancia como fuente de derecho, ya que la mayoría de las reformas e innovaciones que se introducen en nuestras leyes fiscales obedecen a sentencias que los órganos jurisdiccionales han emitido en una serie de casos análogos, la jurisprudencia, por si misma, no modifica, deroga o crea las leyes fiscales, únicamente puede determinar la conveniencia y en su caso, el contenido

de la modificación, derogación o creación de esas leyes. En otras palabras la jurisprudencia en no viene a ser fuente formal sino, fuente real de las leyes fiscales.

#### **e) LA DOCTRINA.**

Constituye una fuente real y no formal del derecho fiscal a ella corresponde desarrollar y precisar los conceptos contenidos en la ley, podemos decir que la doctrina como fuente del Derecho de la Niñez y Adolescencia es de muy poca importancia.

#### **f) LA COSTUMBRE.**

La doctrina distingue tres clases de costumbre la interpretativa que determina el modo en que una norma jurídica debe ser entendida y aplicada, la introductiva que establece una norma jurídica nueva para regir una situación no regulada con anterioridad y la derogativa, que implica la derogación de una norma jurídica preexistente o la sustitución de esta por una norma diversa.

### **4. RELACIÓN JURÍDICA DE LA GUARDA.**

Cuando se habla de la guarda de los/as hijos/as de acuerdo al Art. 42 nos referirnos al ejercicio de la autoridad de los padres o terceros.

“La guarda tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente con carácter provisional y es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores; en caso de divorcio y separación de las uniones conyugales libres y en otros casos a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal.”

En ese contexto tenemos que en la historia del Derecho está relacionada con el surgimiento de las diferentes ramas que corresponden a diversas temáticas; así

tenemos el Derecho Civil, Procesal, Comercial y otros. Todas estas materias forman un marco jurídico que regula las relaciones entre las personas; sin embargo, cada una de ellas, siendo parte de la globalidad jurídica, tiene su propia especificidad y tiene principios propios por los cuales se regula.

Al igual que en el derecho de familia, el derecho de la Niñez y Adolescencia no se le puede situar solamente en el ámbito del derecho Público, como tampoco en la esfera correspondiente al derecho privado.

Al respecto, señala D'Antonio "cabe advertir que si bien las vinculaciones jurídicas entre el menor y sus representantes legales así como también diversas instituciones jurídicas protectoras, pertenecen al campo estrictamente privado, al tratarse la problemática minoril que ocupa un vastísimo sector del derecho la actividad se torna eminentemente pública ante la regulación de instituciones típicamente pertenecientes a tal sector tal es el caso de la responsabilidad penal atribuida a los adolescentes cuando encuadran su conducta a un hecho ilícito.

## **5. PRINCIPIOS BÁSICOS PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL EN DERECHOS HUMANOS A NIÑOS Y ADOLESCENTES:**

Destacan cuatro principios básicos de la Protección integral:

### **5.1. LA IGUALDAD O NO DISCRIMINACIÓN.**

Que es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la filosofía de los Derechos Humanos y se erige como eje para la universalidad de estos derechos. El carácter universal de las políticas sociales tiene que ver de manera inmediata con este principio, así como la aplicación y ejercicio de todos y cada uno de los Derechos humanos de los niños y adolescentes tiene que ver con que esta aplicación y este ejercicio está dirigido a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y, por

ende, desigualdad. La Prohibición de discriminación es, entonces, el presupuesto (entiéndase el principio) inicial para la construcción de políticas de protección integral.

Se encuentra contenido en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los siguientes términos: "Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales".

Este principio de igualdad se erige como fundamental, como norma con carácter jurídico-social definido, es decir, orientado a la lectura de todos los derechos consagrados en la propia Convención que lo trae como principio, dirigido al desarrollo de políticas igualitarias en el ámbito público y privado, que garanticen el respeto de los derechos humanos de los niños. De consecuencia no debe haber distinción para negar o conceder derechos, utilizándose como fundamento la condición social, el sexo, la religión o la edad (igualándose así los derechos de los niños a los de los adultos), pero al mismo tiempo este principio de igualdad establece un elemento novedoso y relevante en materia de derechos humanos, con alcance ulterior, que se proyecta más allá de la propia condición del niño, al prohibir no sólo la discriminación en razón de las condiciones inherentes a la propia persona (niño o niña), de que se trate con respecto a sus semejantes (niños o adultos), sino que además abarca el amplio sentido de traspasar su propia condición de niño, para evitar (y prohibir) la discriminación en razón de alguna condición de sus padres o representantes legales, verbigracia, el caso de niños cuyos padres sean de etnia diferente a los demás, o de nacionalidad extranjera respecto al país en donde nace el niño.

En estos casos, la propia condición de sus padres no debe ser nunca elemento de juicio para la consideración discriminatoria del hijo. Además, mención especial debe hacerse a este principio en relación al IMPERIO DE LA CONVENCION, como norma inherente al principio mismo, dirigida en dos vertientes, la primera al establecerse la obligación de los Estados Partes en respetar los derechos que se consagran a los niños en este instrumento jurídico internacional (que son sólo enunciativos); imperio acorde con el principio de la extraterritorialidad de las leyes que obliga a respetar, en este caso, la Convención a todo niño sometido a la jurisdicción del Estado de que se trate, independiente del lugar en donde se encuentre el niño, y la segunda, como mecanismo de cumplimiento la obligación de su efectiva aplicación, y observancia de las medidas que ordena el particular segundo del artículo 2 antes citado, respecto a las actividades, opiniones, creencias de sus padres, tutores o familiares.

## **5.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.**

Consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que. "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."

Este principio nos invita a desprendernos de lo que hasta ahora habíamos considerado como ese interés, es decir, no es un simple interés particular, porque más allá de eso consiste en un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

Este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de estos entes, pero principalmente al

constituir un principio de vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños, adquiere particular relevancia su precisión y determinación como garantía fundamental de protección-prevención.

Al respecto CILLERO lo considera un principio jurídico garantista, es decir, que su significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada. De esa manera, el Interés Superior del Niño junto a la no discriminación, constituyen la base de sustentación y protección de los derechos humanos de los niños.

### **5.3. LA EFECTIVIDAD Y PRIORIDAD ABSOLUTA.**

El artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño recoge este principio en los siguientes términos:

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención" ( principio de efectividad ) "...En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional" (Principio de Prioridad Absoluta) Por un lado, la efectividad trae aparejado consigo la adopción de medidas o providencias no solo de carácter administrativo y legislativas, sino todas aquellas que siendo de cualquier índole conduzcan a la efectividad ( goce y disfrute real) de los derechos humanos de los niños y niñas, al respeto de estos derechos y al desarrollo de garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas.

Este principio de efectividad se repetirá a lo largo de todo el articulado de la Convención en donde se establecen derechos a supervivencia, protección, participación y desarrollo, ya no como principio general, sino con formulación



precisa, más bien específica de las medidas a tomar para alcanzar determinado derecho humano, por ejemplo, en el artículo 24 en el que se reconoce el Derecho a la salud, se ordenan las medidas apropiadas para combatir enfermedades, malnutrición, atención y prevención, educación en salud, y otras, o en los artículos 28 y 29 sobre el derecho a la educación, que establece las medidas particulares para garantizarlo en igualdad de condiciones, desde la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, hasta las medidas para la eliminación del analfabetismo y garantizar el acceso escolar.

El principio de efectividad es la base que da expresión práctica al carácter imperativo y a los mecanismos de cumplimiento previamente enunciados en la Convención, pero además, y principalmente, constituye el programa genuino para el desarrollo de las políticas de derechos humanos hacia los niños.

Sobre las medidas de efectividad que obliga la Convención a los Estados Partes, se fundamenta el examen crítico, las recomendaciones generales, sugerencias técnicas y programáticas del Comité de Derechos del Niño, conforme a los artículos 43, 44 y 45 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Vale afirmar para este principio lo expresado en el anterior principio del Interés Superior del Niño, es decir, asimilarlo a principio garantista.

Por otra parte, los Derechos humanos de los niños y niñas deben ser atendidos con prioridad absoluta. Significa este principio que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos para propender a la protección integral y, de ser necesario, recurrir a la cooperación internacional.

Que los derechos de niños y adolescentes sean atendidos con prioridad absoluta no es únicamente que se les dé preferencia en la formulación de las políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, preferencia absoluta en atención y socorro en cualquier circunstancia y en protección

preferente frente a situaciones de violación o negación de derechos, y que también se castigue y sancionen preferentemente estas violaciones.

Esta parte del artículo 4 de la Convención que consagra la Prioridad Absoluta es de particular interés para transformar la conducta institucional de los gobiernos respecto a la planificación social, puesto que invierte el orden jerárquico o de preeminencia de los asuntos de estado y de gobierno, al colocar en primer lugar las medidas referidas al cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, sin que valga de excusa motivaciones de carácter presupuestario, emergentes o circunstanciales que tradicionalmente se han utilizado para evadir responsabilidades en el cumplimiento de los derechos humanos. En un sentido práctico de las políticas públicas, significa que a la hora de su diseño y destino, primero y en primer lugar estará el análisis de la situación de los niños, la aplicación de políticas, incluyendo acciones, planes, programas y presupuesto hacia esta población, antes que otro sector social, pero si acaso no fueren suficientes los recursos nacionales para la aplicación de las medidas que impone el principio de prioridad absoluta, también con prioridad se debe recurrir a la cooperación internacional, lo que en la práctica de la política de solicitud de cooperación significaría colocar en primer plano de la ayuda a los niños, antes que los compromisos derivados de otras acciones del estado.

#### **5.4. LA PARTICIPACIÓN SOLIDARIA O PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.**

Tal como hemos visto rápidamente en los tres principios anteriores, siendo los niños y las niñas el eje central de esos principios; el Estado, la Familia y la Comunidad conforman la trilogía sobre la cual descansa la responsabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos de la infancia. El conjunto articulado de las acciones entre el Estado y la sociedad destacan como un principio de participación democrática para la garantía de los derechos universales que permiten construir la doctrina de la Protección Integral.

El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece este principio general de la siguiente manera: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otra personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

El Principio de solidaridad, como se ve, debe leerse e interpretarse en conjunción con el de efectividad y prioridad absoluta, porque si bien éste último obliga a las medidas de goce, disfrute y garantía de los derechos de los niños en un sentido amplio; el de solidaridad explica el deber de comunidad y padres a orientar el pleno ejercicio por parte del niño. De manera alguna quiere decir que esta orientación sea imposición, por cuanto siempre debe ser entendida como coadyuvante acción del ejercicio per se del niño.<sup>5</sup>

## **6. LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS.**

En el paradigma de protección integral y en los instrumentos que lo conforman encontramos claramente definidos los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes que nos permiten aproximarnos con claridad al proyecto social de Protección que propone y reconoce como obligación de todos los Estados que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. En ese sentido, destacamos cuatro grupos de derechos:

Sin entrar a detallar ni explicar todos y cada uno de los derechos, un rápido mapa esquemático de estos grupos, siempre considerados como universales e

---

<sup>5</sup> Yuri Emilio Buaiz V.  
Oficial de Derechos del Niño/UNICEF

interdependientes, nos permitirá ubicar los principales derechos contenidos en cada uno de ellos:

### **6.1. GRUPO DE SUPERVIVENCIA.**

Comprendido por los derechos:

**A LA VIDA.-** No sólo entendido como derecho a la vida intrínsecamente considerada, es decir, a la vida física, sino en un sentido amplio que comprende tanto la vida física como el derecho a las condiciones para una vida digna, en donde se ubican específicos derechos a la supervivencia y al desarrollo, tales como el desarrollo integral del niño, en lo moral, cultural y social. Este carácter amplio del derecho a la vida, nos permite entender la característica de interdependencia entre diversas categorías de derechos.

**A LA SALUD.-** Que entre otras prerrogativas comprende la atención a la salud, el establecimiento de un sistema preventivo de salud, la garantía de asistencia médica y sanitaria, y el combate a las enfermedades y a la desnutrición.

**A LA SEGURIDAD SOCIAL.-** Que incluye los beneficios de la seguridad social en general, y del seguro social, en particular, para todos los niños.

A no participar en conflictos armados que además comprende el respeto de las normas de derechos internacional humanitario que le sean aplicables al niño en estos casos.

## **6.2. GRUPO DE DESARROLLO.**

Que comprende:

**A LA EDUCACIÓN.-** Que debe garantizarse en condiciones de igualdad de oportunidades, de manera obligatoria y gratuita, tanto en el nivel escolar primario , como el fomento de la enseñanza secundaria también de forma gratuita y con asistencia financiera cuando se haga necesario.

**A LA CULTURA Y RECREACIÓN.-** Teniendo acceso a ellas, con participación efectiva y libre en la vida cultural y en las artes, en condiciones de igualdad, y en especial al derecho cultural, religiosos y lingüístico de las minorías étnicas, Al Nombre y a la Nacionalidad: de forma inmediata después de su nacimiento, lo cual comprende además el derecho a que se le preserve su identidad, incluyendo las relaciones familiares, es decir, tanto el nombre o identidad legal como el familiar y social. A la libertad de pensamiento, conciencia y religión: en especial el de formarse un pensamiento libre, tener culto y conciencia autónoma.

## **6.3. GRUPO DE PARTICIPACIÓN.**

En donde se incluyen derechos de gran importancia para el ejercicio de la ciudadanía de los niños y la necesaria interrelación democrática, incluso desde el seno familiar hasta el ámbito público.

Entre estos se encuentran los derechos a:

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.-** Que incluye el de expresarse de manera libre, y buscar, recibir y difundir informaciones. La concatenación de éste derecho con el de opinión que se verá seguidamente, permite colegir sin duda, el derecho a exigir la fuente de proveniencia de la información que se dirige a los niños y a la sociedad en general.

**A LA OPINIÓN.-** Que permite la expresión libre del niño o niña en todos los asuntos de su interés, incluyendo los procedimientos administrativos o judiciales.

**A LA ASOCIACIÓN.-** Que comprende todo lo relativo a las formas organizativas lícitas, como el de fundarlas, dirigirlas, participar en ellas y celebrar reuniones.

#### **6.4. GRUPO DE PROTECCIÓN ESPECIAL.**

Que, como se explicará más adelante, comprende los derechos a estar protegido contra situaciones específicas de cualquier índole que le son adversas y vulneran derechos a los niños. Entre ellos se encuentran:

#### **7. PROTECCIÓN CONTRA TODA FORMA DE EXPLOTACIÓN, PERJUICIO, ABUSO FÍSICO O MENTAL, MALTRATO O DESCUIDO.**

**A LOS REFUGIADOS.-** Asistencia humanitaria adecuada en caso de refugio, sea sólo o con sus padres.

**A UN PROCESO JUSTO.-** En caso de ser procesado por un órgano judicial, lo cual comprende asistencia jurídica adecuada, derecho de defensa, a no ser torturado ni sometido a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, a que no se le imponga pena capital ni prisión perpetua, a no ser detenido o privado de libertad ilegal o arbitrariamente, y en fin, a ser tratado acorde con la dignidad humana.

**CONTRA LA VENTA, EL SECUESTRO O TRATA.-** Ejecutados con cualquier fin o en cualquier forma.

**CONTRA EL USO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES.-** Las políticas públicas deben estar concebidas con la integración de todos y cada uno de los derechos comprendidos a su vez en cada uno de estos grupos, como única forma de

garantizar una política de protección integral, ya desde la óptica de la prevención, ya desde la ejecución programática de atención universal como forma de protección.

Visto así, las políticas de Protección Integral a la niñez y adolescencia deben estar tendidas sobre la creación y activación de los mecanismos que sean necesarios, tales como los de carácter legislativo, educativos, culturales, sociales e institucionales que permitan subrayar el carácter universal de la protección para el vencimiento de cada uno de los obstáculos de carácter especialmente estructurales que han creado marcadas relaciones de inequidad para la infancia.

De los cuatro grupos de derechos humanos de los niños, los derechos a la supervivencia, a la protección y a la participación forman un conjunto que convoca a la prioridad absoluta para todos los niños y niñas, para que se formulen y ejecuten políticas de Estado destinadas a la totalidad de la niñez y la adolescencia en materia de derechos y garantías a la vida, a la salud, a la educación, a la alimentación, al esparcimiento, a la asociación juvenil a la cultura, a la libertad, a la justicia y, en fin, al conjunto de derechos relacionados con el desarrollo personal y social, con la integridad y con la igualdad.<sup>6</sup>

## **8. PRINCIPALES COMPROMISOS DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CDN PARA LOGRAR UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO PARA LA INFANCIA.**

La Convención sobre los Derechos del Niño; compromete a los países que la han ratificado a iniciar y continuar de manera sostenida y progresiva un grupo de medidas de distinta índole entre las que destacan con especial atención las medidas de carácter legislativo, transformando las leyes internas en cuerpos que

---

<sup>6</sup> Carlos Enrique Tejeiro López, TEORIA GENERAL DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, (1998), p, 65, editado por UNICEF-Colombia 6 CILLERO, Miguel. El Interes Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA . Editorial TEMIS, Ediciones DEPALMA, Santa Fe de Bogota- Buenos Aires, 1998. P 78 7

respondan a los principios y normas de Derechos Humanos, y consagren los mecanismos idóneos para hacer efectivos todos y cada uno de esos derechos.

A la par, los Estados parte de la Convención están obligados a emplear y disponer de medidas judiciales que provoquen los cambios de la estructura y de los administradores de justicia, de manera que la práctica forense de los Tribunales de Niños se convierta por una parte en garantía de cumplimiento de los derechos humanos, especialmente a través de los dictámenes de protección, y por la otra, sirva de instrumento jurisdiccional contralor de las violaciones a los derechos de los niños, restableciendo las situaciones de hecho en las que se violan estos derechos, y sancionando a las personas o instituciones que resulten responsables. También los países ratificantes de la Convención están obligados a dictar y ejecutar medidas de carácter administrativo creando condiciones reales a través de la adecuación institucional para que los derechos no sean amenazados, o para que en caso de amenaza sea fácilmente detectada, y para que las instancias de servicios públicos actúen conforme a los derechos reconocidos y declarados, de manera que los cumplan y garanticen. Igualmente, los países deben adoptar providencias educativas, dirigidas a toda la población para que la formación en derechos humanos sea una constante nacional que permita ir fomentando las bases de una conducta social conforme a esos derechos declarados y reconocidos, al tiempo que debe extirpar las prácticas socioeducativas que pretenden justificar la violación de los elementales derechos de niños, niñas y adolescentes.

Otra de las medidas de interés que deben adoptar los Estados parte tiene que ver con la movilización de la sociedad, con el objeto de conocer y promover los derechos de los niños y adolescentes, identificando las situaciones de violación y de amenazas de su violación; participando en el fortalecimiento de las instancias que hagan posible la verificación y la eficacia de los derechos humanos para los niños.



El fortalecimiento de las acciones para la garantía de protección integral está íntimamente vinculado con la organización de la sociedad en la exigencia de políticas públicas destinadas a vencer los obstáculos sociales, económicos y culturales que entorpecen el desarrollo integral de los niños y adolescentes. Para ello, es indudable la necesidad de fortalecer también a la sociedad civil y a sus organizaciones naturales.

En el marco de estas medidas de movilización se hace imprescindible crear y multiplicar la cantidad de personas y organizaciones de la sociedad con el objeto de defender niños y adolescentes violados o amenazados de violación en sus derechos.

Al mismo tiempo que los Estados parte asumen compromisos básicos al momento de suscribir y ratificar la Convención, también se están comprometiendo a afirmar las obligaciones de la sociedad, de los gobiernos y de las familias para una vida mejor, digna y de satisfacción de derechos individuales y colectivos de los niños y adolescentes que tenga el asiento de las relaciones humanas sobre las bases de la justicia, la paz y la libertad.

La Protección Especial como Derecho particular de la Protección Integral La Protección Integral compromete a que además de las acciones y políticas globales para asegurar el derecho a la supervivencia, al desarrollo personal y social, a la integridad y a la participación; se deba prestar particular empeño en la formación de la estructura de protección especial para las situaciones de mayor vulnerabilidad en que se encuentran grandes cantidades de niños, niñas y adolescentes.

La aspiración y esperanza de la Protección Integral, está en la articulación de todas las acciones del Estado y de la sociedad para garantizar todos los derechos a todos los niños, y el ideal para el goce a plenitud de los derechos humanos estará conquistando un gran trecho cuando además de adoptar y garantizar los

derechos fundamentales, los de vocación universal, los de todos los niños y adolescentes; podemos vencer las situaciones de vulnerabilidad.

Por esa razón, la Convención reconoce los derechos a la protección especial como uno de los grupos de derechos que al ser atendidos con prioridad, junto a los de supervivencia, desarrollo y participación; permitirán materializar la Protección Integral.

En ese sentido 16 de los 54 artículos de la Convención están destinados a reconocer derecho a los niños y niñas a estar protegidos contra toda forma de negligencia, abuso, maltrato, discriminación, explotación, violencia, farmacodependencia, crueldad, opresión y secuestro, entre otros.

Para estas situaciones más que la atención de políticas globales para todos los niños, la Convención acuerda medidas especiales de protección que se conviertan en formas sociales de impacto real para transformar la situación de abierta desprotección en que se encuentran grupos determinados de niños y niñas. Ya no se trata de reconocer, cumplir y garantizar derechos universales en las políticas globales de una sociedad, sino de proteger a determinados grupos de niños, o a un niño en particular, de las situaciones adversas que le vulneran su condición humana.

La Protección especial como parte integrante e integradora de la Protección Integral no está dirigida al reconocimiento de situaciones jurídicas de derechos humanos universales (salud, educación, vida digna, etc.), sino al reconocimiento del derecho a ser protegido frente a situaciones de hecho que impiden el ejercicio de otros derechos, o violentan derechos, para restituir la condición y situación a parámetros normales de protección, y en consecuencia se trata de una atención positiva y preferencial de los niños que se encuentran en estas situaciones especiales de desprotección.

Por último, la Protección Integral propone e insiste en un cambio cultural al que estamos obligados todos por igual. En ese sentido, debemos asumir la responsabilidad de iniciar una transformación en nosotros mismos, respecto a todos los mitos peligrosos y los tratamientos compasivos o represivos hacia la Infancia, entendiendo que los niños, niñas y adolescentes son seres en permanente evolución, son ciudadanos que de acuerdo a la dialéctica de la sociedad y a la evolución de sus condiciones, van participando progresivamente en la misma sociedad que durante muchos años les ha relegado.

Y también en ese sentido la solidaridad social está comprometida a orientar las acciones más adecuadas para el ejercicio eficaz de los derechos, tanto de carácter universal, como los de protección especial.

Para cumplir, respetar y hacer cumplir los derechos en una concepción universal, colectiva e integral no basta con que el gobierno sea el responsable inmediato de estos. Si bien lo es, por intrínseca naturaleza de los propios derechos humanos; la sociedad y la familia están obligados a activar los mecanismos de garantía y protección necesarios para que la obligación del Estado sea correspondida con la obligación y solidaridad social.

## **9. LA CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO, LAS FAMILIAS Y LA SOCIEDAD EN LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.**

Es necesario señalar que, en principio, existe una importante coincidencia y adecuación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

## **9.1. EL ESTADO.**

Art. 60 de la Constitución Política de Estado prevé:

Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.

El objetivo de este artículo es señalar que, el estado de manera imperativa deberá desarrollar políticas que garanticen el goce pleno de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, es decir que el estado boliviana estará comprometido de forma irrenunciable a la protección integral de la niñez boliviana, pero debemos tener en cuenta que para que realmente el estado logre sus objetivos es necesario la participación activa de la familia y la sociedad.

En este principio se exige que la actuación del Estado sea siempre cónsona y acorde a las circunstancias reales donde deba intervenir para que se violen los derechos de los niños (as) y adolescentes o para mejorar la protección y seguridad, siempre dejando el espacio que le corresponde a la sociedad y sobre todo a la familia en la situación concerniente a la infancia y la adolescencia pertenecientes a ellas.

## **9.2. LA FAMILIA.**

Se considera a la familia como la base primaria del ambiente social donde comienza la socialización del ser humano. Un individuo formado en su propio hogar bajo el amparo y protección de la familia estará mejor formado, teniendo como premisa los valores aprendidos en el seno de su morada o por lo menos es el deber ser.

Constitucionalmente se encuentra contemplado en el artículo 62 y establece:

El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad y garantiza las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades.

Claramente este artículo nos establece que la familia es la base o el pilar fundamental para el desarrollo de la niñez, sin embargo el estado jugará un papel preponderante en el desarrollo de las mismas, adoptando medidas que permitan afianzar ese desarrollo integral de los niños y adolescentes, sin embargo aun y cuando el estado deberá garantizar con medidas asegurativas el pleno desarrollo, también es necesario hacer una crítica constructiva al respecto, porque debe dejar de verse al estado como un estado paternalista donde él, es el responsable de todo y debe llevar la carga de una sociedad holgazana que quiere que todo se lo hagan y todo se lo den, por el contrario si ambos trabajan en un esfuerzo común para llegar el mismo fin tendremos individuos con una formación acta para su mejor desenvolvimiento y lograr así un verdadero desarrollo integral.

La familia es la asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Las relaciones familiares se deben fundamentar en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. En consecuencia, las familias son responsables de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y, asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas.

El Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente estas responsabilidades, y para que el

padre y la madre asuman, en igualdad de condiciones, sus deberes, responsabilidades y derechos. Asimismo garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

El Objeto de la Ley con éste artículo es fortificar el rol de la familia en el desarrollo integral de la niñez, restándole responsabilidades al estado para que este deje de ser un actor "sustitutivo de las obligaciones familiares" y reasignárselos a las familias, en este caso el estado solo se encargara de brindar sustento y cooperación a la familia a través de políticas y programas para que la familia asuma " de forma prioritaria, inmediata e indeclinable" el goce y disfrute de los derechos de los niños y adolescentes.

Es indudable que la familia es el lugar más adecuado para el desarrollo integral del ser humano, es responsabilidad de los miembros de la familia especialmente de los padres cuando existen, crear condiciones para el desenvolvimiento de la personalidad de los hijos, y es este deber al que se refiere la norma al exigirlo en forma prioritaria puesto que su función es la de procurar la efectividad de los derechos de los hijos, siendo este mandato prioridad absoluta y sin dilaciones.

### **9.3. LA SOCIEDAD.**

La sociedad también forma parte de esa concurrencia que es estado, familia y sociedad y su papel en la Protección Integral es la de colaborar de forma activa para que se garanticen los derechos y garantías de la niñez.

La sociedad debe y tiene derecho de participar activamente para lograr la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de todos los niños, niñas y adolescentes.

El estado debe crear formas para la participación directa y activa de la sociedad en la definición, ejecución y control de las políticas de protección dirigida a los niños, niñas y adolescentes.

Se crean una nueva coyuntura para que la sociedad tenga una participación general en la protección integral de la infancia y adolescencia de nuestro país, dándole la norma a nuestras fuerzas vivas comunitarias compromisos, responsabilidades y facultades para que formen parte del desarrollo integral de nuestra niñez.

La sociedad en conjunto con el estado es estimulada a participar y colaborar en la creación de políticas y programas de protección integral, teniendo en consideración que es la sociedad quien día a día crece con nuestros niños, siendo veedores de la verdadera realidad que vive nuestra infancia y adolescencia y quien mejor que la sociedad para abordar la problemática y proponer programas para la atención de niños, niñas y adolescentes, pero para que esto realmente se cumpla es necesario formar axiológicamente a la sociedad puesto que no es un secreto para nadie que en la actualidad vivimos en una sociedad muy enferma y que tal y como lo estableció Enrico Ferri "no hay individuos defectuosos sino sociedades realmente enfermas"; nuestra sociedad actualmente sufre una crisis profunda de valores, es por ello que ante la participación de la misma en este proyecto de protección integral se necesita que la misma se capacite y muy por encima de todo se organice para que desempeñe de manera eficiente su papel o rol que nuestra ley le ha otorgado.<sup>7</sup>

## **10. SUJETOS DE PROTECCIÓN.**

Entre los sujetos de protección se tiene según el Código del niño, niña adolescente:

---

<sup>7</sup> MORAIS DE GERRERO, María. Introducción a la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. Caracas. Publicaciones UCAB. 2000

MONTOYA, César. Familia y Menores. Caracas. Editorial Livrosca. 1999

El Art. 2 del Código Niño, Niña y Adolescente textual menciona que se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos.

Según Sajón Rafael el titular de este nuevo derecho es el niño, niña y adolescente, y el comienzo de la titularidad del derecho es el momento mismo de la concepción.

Sin embargo se considera sujetos de acción o de defensa de los derechos del niño a los padres, tutores o representantes y el Estado, en mérito a que no siempre son estos los que ejercen directamente sus derechos.

#### **11. REGIMEN PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL RECIEN NACIDO.**

Sabido es que, desde el punto de vista filosófico, la identidad se expresa como una relación existente entre dos sujetos: "Relación de completa igualdad que tienen dos o más seres entre sí, basada en la espiritualidad de los mismos. Así uno de ellos se reconoce básicamente similar a otro".

El "ser" del hombre es igual al de los otros, pero no lo es en su manera de actuar, proceder y vivir, por lo tanto difieren en su manera de vivir, es decir, de evidenciar ese "ser".

De allí que el hombre es un ser propio, irrepetible, incomparable, ergo, es un ser original.

Aristóteles señalaba que los sentidos revelan un mundo de múltiples seres diferentes y en continuos cambios.

El hombre, a través del tiempo, ha buscado su identidad partiendo de lo filosófico hasta llegar a lo jurídico.

En esta incesante búsqueda, el hombre, para asegurar su identidad ha ido creando diferentes métodos con el fin de identificarse (tatuajes, nombres, marcas



particulares, etc.), hasta llegar a fotografías identificativas, antropometría, sistemas dactiloscópicos. Esto se relaciona con el derecho de familia, en los casos del recién nacido y de su madre, entre muchos otros, existiendo un proceso continuo, ininterrumpido y abierto en el tiempo.

El reconocimiento de la identidad personal existe desde siempre, sin embargo su protección jurídica es de reciente data, quedando un amplio margen en este campo para mejorar.

Los sistemas de identificación empleados a lo largo del tiempo no eran lo suficientemente seguros, hasta que Juan Vucetich descubrió el Sistema Dactiloscópico Argentino en el año 1891, que es hasta hoy, el de mayor eficacia y eficiencia.

La falta de identificación priva al niño de un derecho subjetivo y personalísimo como es el de conocer la verdad sobre su origen, desarrollarse en su medio familiar y acceder a otros derechos, tales como la salud, la vivienda y esencialmente la educación, quedando así al margen del sistema integral.

En el país, es el alto número de niños indocumentados, lo que trae consecuencias funestas para los mismos.

Por un lado, como ya adelanté, se presenta uno de los principales problemas, como es el de la educación del menor, al estar indocumentado. Obsérvese al respecto, que las autoridades de los establecimientos educacionales públicos, alarmadas por el alto grado de deserción escolar, inscriben a los niños sin la correspondiente documentación, por lo que una vez finalizado el ciclo de Educación General Básica, las autoridades de los establecimientos educativos no pueden extender a los mismos, que se encuentran indocumentados, los certificados escolares correspondientes.

Este es el primer problema que tenemos ante la falta de identificación de los menores, el otro, y que torna gravísima la situación, es que la falta de identificación facilita el tráfico de menores, su compra, venta, etc.

"La maternidad quedará establecida, aún sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quién presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer, a quién se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quién hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido".

Mediante esta disposición la ley tiende a que la realidad biológica sea la base y fundamento del emplazamiento entre madre e hijo. La determinación de la maternidad por el parto responde a que, con éste, termina el proceso de gestación iniciado con la concepción: madre es quién lo concibió.

La realidad actual, nos presenta una sociedad enferma, donde los valores mínimos se van perdiendo y, los primeros perjudicados con esta tendencia son los niños, que no tienen en sus mayores y responsables la contención necesaria, que los prepare para afrontar una vida en igualdad de posibilidades.

La pobreza y la ignorancia son situaciones ideales para que, la venta de niños se establezca principalmente en barrios carenciados. Al respecto, no tenemos más que leer las noticias que los diarios nos proporcionan, para percibir que ésta es la situación real de una gran cantidad de menores en nuestro país.

Esta ley, que captó en forma clara el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño, modificó la disposición contenida en el art. 31 del decreto-ley 8204/63 que disponía: "El hecho del nacimiento se probará con el certificado del médico u obstétrica. A falta de dicho certificado, con la declaración de dos testigos que hubieran visto con vida al nacido y que firmarán la inscripción".

Mediante esta disposición, era muy fácil establecer el comercio de menores. A modo de ejemplo, una madre que tiene un hijo en su hogar, vende el mismo a una determinada persona, que a su vez realiza esta misma operación con una pareja, lo único que tendría que hacer la pareja para regularizar su situación es inscribir el nacimiento del menor, mediante una simple información sumaria, quedando como padres biológicos del mismo.

de modo que la inscripción de nacimiento pueda hacerse sobre la base del certificado del médico u obstétrica, constituyendo suficiente prueba para la determinación de la maternidad, o bien, de igual aplicación el dicho de dos testigos, en cuyo caso no es constitutivo de ésta, por lo que con esto no queda determinada la maternidad.

Así la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 7º, establece que el niño deberá ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento, debiendo los estados parte velar por la aplicación de tales derechos, mientras que, por el art. 8 se comprometen a respetarlos y a preservar su identidad.

## **12. DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO.**

El art. 321 inc C) establece expresamente que: "el juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor oirá personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme el derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor".

Innovación de indudable valor es ésta disposición que trae la nueva ley. Es importante, siempre teniendo en cuenta la madurez del menor, que él mismo se exprese y haga conocer su real situación al juez.

Así, debe darse al menor la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente, por medio de un representante o de un órgano apropiado.

Esta norma se adecua a la disposición expresa del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece expresamente:

1) Los Estados parte garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio; el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.

2) Con tal fin, en particular, se dará al niño oportunidad de ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de modo compatible con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Los primeros en principio- no presentan dificultad, pues en éstos indudablemente tendrán oportunidad de ser escuchados, sin perjuicio que pueda ser necesario un especial asesoramiento. Cuando sus representantes legales actúan por ellos, contra terceros, tampoco existirían mayores dudas ya que como regla no será menester escucharlos directamente. En este sentido, ha de recordarse que la directiva de la convención consiste en garantizar al niño el derecho a ser "oído directamente o por medio de sus representantes o de un órgano apropiado.

Es indudable que los juicios más comunes en los que podría participar, serían aquellos referidos a: tenencia, régimen de visitas, alimentos, conflictos sobre violencia familiar, patria potestad, etc.

Igualmente, en los juicios de adopción tendrían oportunidad de ser escuchados, si lo permite su madurez, la que siempre será evaluada por el Juez y el Defensor Público de Menores e Incapaces.

Esto podría suceder, la mayoría de las veces, en la consabida adopción del hijo del cónyuge, donde los menores al haber alcanzado una edad y madurez suficiente, podrían expresar su opinión, la cual, a su vez, debería ser valorada.

Por lo tanto, parece razonable que un juez que ha de decidir cuestiones trascendentes de la vida de una persona en el caso de un niño tenga interés y considere útil conocerlo personalmente, al menos cuando éste cuenta con cierta edad que facilite la comunicación. También resulta razonable que el niño que posee determinado estado de madurez, se considere con derecho a conocer y a ser conocido, por quién habrá de tomar resoluciones importantes en cuanto a su persona. El principio debería ser, entonces, el de un encuentro personal del niño con el juez, claro está que, como ya expresé, "en función de su edad y madurez.

Es menester señalar que, la ley no se expresa con respecto al tema de la edad en que los menores deben ser escuchados, haciendo referencia solamente a los niños que estén "en condiciones de formarse un juicio propio", que será evaluado, en última instancia, por el juez con asistencia del Defensor Público de Menores e Incapaces, como lo manifesté precedentemente.

Cabe concluir entonces que, la nueva ley de adopción se ha adecuado en este punto, a los preceptos establecidos por la Convención, disponiendo que, la oportunidad en que el menor pueda ser escuchado, se da en función de su edad y madurez.

Por lo tanto, esta disposición de la ley de ninguna manera contraría las disposiciones de la Convención, toda vez que, nadie mejor que el juez para valorar el interés superior del menor, al ser él, el principal responsable en procurarlo, al momento de resolver sobre su adopción.

Al respecto, obsérvese que sobre el mismo, si bien las opiniones del menor deben ser tenidas en cuenta, las mismas no resultan vinculantes, para la decisión que en definitiva tome el juez, por lo que con más razón será el encargado de determinar si conviene o no que sea escuchado.

Ahora bien, para lograr eficacia en las intervenciones judiciales resulta imprescindible contar con estructuras adecuadas, que permitan abordar las cuestiones familiares o aquellas en las que el menor esté comprometido.

Por lo tanto, los tribunales deberán ser especializados, introduciendo el procedimiento oral, permitiendo el conocimiento directo entre el juez, el menor y el grupo familiar. Para ello, resultará necesario contar con equipos técnicos interdisciplinarios dentro del mismo tribunal.

La justicia en materia de familia debería formar un fuero diferenciado en todo el país, que le permita al juez, un margen de maniobrabilidad diferente. Al auspiciar un modelo de protección o acompañamiento que por sus características y modalidades pone distancia con el juez clásico y se apoya en las diferentes disciplinas, estableciendo relaciones interdisciplinarias con la psicología, la pedagogía, la psiquiatría y la asistencia social, conformando un órgano no dominado exclusivamente por la técnica jurídica, sino más bien desburocratizado, informal y con participación profesional especializada no letrada. Así, con otra sensibilidad, atiende los problemas y cuestiones de familia, a reforzar la tutela jurisdiccional en orden a la calidad de los derechos en juego y a la intensidad de los deberes y cargas que pesan sobre ciertos sujetos de la célula familiar, exigiendo constitucionalmente que las situaciones tutelables no se frustren nada más que por razones formales.

Es decir, que el derecho constitucional del menor a ser oído debe acompañarse con medidas que no hagan ilusoria esta declaración, proveyéndose los medios necesarios, como bien los describe el Dr. Morello, para que los encargados de oír al menor estén capacitados material e intelectualmente para cumplir con la

protección de los intereses del mismo, de lo contrario estaríamos en presencia de una mera declaración con buenas intenciones y sin resultados prácticos.<sup>8</sup>

### **13. FORMAS DE PROTECCIÓN.**

El legislador ha previsto varias de modalidades de familia sustituta coma medidas protectoras de la niñez y adolescencia, entre una de ellas, tenemos a la guarda legal.

EL Capitulo II del Título, regula las disposiciones relativas a la familia sustituta.

En su concepto reglado en el Art. 37, del Código Niño, Niña y Adolescente determina “La familia sustituta es la que no siendo la de origen, acoge en su seno a un niño, niña o adolescente, asumiendo la responsabilidad que corresponde a la familia de origen y, por tanto, obligándose a su cuidado, protección y a prestarle asistencia material y moral”.

Ante la carencia de la familia de origen, nadie que la mejor solución es dotar al niño de un hogar sustituto que asuma la responsabilidad de formarlo y educarlo, para ello esta familia debe ser cuidadosamente seleccionada y recién cuando no exista la posibilidad de que una familia sustituta cumpla tal finalidad, se acudirá como “ultima ratio” al internamiento.

---

<sup>8</sup> RECOPIACION DE APORTES PARA LA FORMACION EN EL AMBITO JUDICIAL. La garantía del derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales Caracas. Programa de cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el fondo de las naciones unidas para la Infancia 2002-2008.

## **14. CLASES DE GUARDA SEGÚN EL CÓDIGO NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.**

Se establecen las siguientes clases de guarda:

### **14.1. LA GUARDA EN DESVINCULACIÓN FAMILIAR.**

Sujeta a lo previsto por el Código de Familia y que es conferida por el Juez de Familia. En este caso, la competencia la tiene el Juez de Familia y se rige por lo dispuesto en los Arts. 145 y 255 del Código de Familia, y 179 de la Ley de Organización Judicial.

Art. 145 (Situación de los hijos).- el Juez define en la sentencia la situación de los hijos, teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos.

Las convenciones que celebren o las proposiciones que hagan los padres, pueden aceptarse siempre que consulten dicho interés.

Los hijos que no tengan siete años puede confiarse a la madre, y los que pasen de esa edad, al padre; o bien los varones al padre y las mujeres a la madre, sin distinción de edad.

Por razones de moralidad, salud o educación puede confiarse la guarda a solo a uno de los padres o prescindirse de ambos optando entre los abuelos paternos o maternos o entre los hermanos de dichos conyugues. En caso necesario puede ser confiada a tercera persona de conocida idoneidad.

Art. 255 (Autoridad sobre los hijos reconocidos por sus padres).- La autoridad sobre los hijos reconocidos por sus padres se ejerce por el que tiene la guarda de los hijos. Esta guarda corresponde regularmente a la



madre, aunque sea menor de edad o el reconocimiento hecho por ella sea de fecha posterior al del padre, a no ser que el hijo haya sido entregado a este último o haya quedado de otra manera en su poder.

No obstante, el Juez, atento el interés del hijo, puede confiar la guarda de éste al padre, y aun entregarle en tutela a otra persona, prefiriendo a los parientes más próximos.

A falta de la madre puede adoptarse la misma situación.

Los acuerdos que celebren entre sí los progenitores, pueden aceptarse, siempre que no sean perjudiciales al interés del hijo.

En caso diverso, el hijo puede ser entregado a un establecimiento especializado.

## **14.2. LA GUARDA LEGAL.**

Que es conferida por el Juez de la Niñez y Adolescencia previa investigación que se ordenara para establecer la situación del niño, niña o adolescente. Procederá, en todos aquellos casos en que existan necesidades temporales que cubrir ausencias paternas, imposibilidad de los progenitores para atender a sus hijos por razones justificadas, abandono y desarraigo, y está sujeta a lo dispuesto por el C.N.N.A.

## **15. REQUISITOS PARA SER GUARDADOR.**

La integración a hogar sustituto se efectiviza mediante la guarda tutela o adopción, tomando en cuenta los siguientes requisitos Art. 38 C.N.N.A.

1. El niño o niña, siempre que sea posible por su edad y grado de madurez y, en todos los casos el adolescente, deberán ser oídos previamente y su opinión será fundamental para la decisión del Juez.
2. Se tomara en cuenta el grado de parentesco, la relación de afinidad y de afectividad, su origen, la comunidad, condiciones culturales, región y departamento donde se desarrolla el niño, niña o adolescente.
3. En su caso y con el fin de evitar y atenuar las consecuencias emocionales y psicológicas emergentes de la medida, se procurara la no separación de los hermanos.

Se puede establecer que el Código no establece los parámetros de valoración de la idoneidad de los guardadores, pues la figura del guardador no ha sido aun bien delineada legalmente, sin embargo en función al interés superior del niño que ha de primar en todo proceso en el que esté en juego alguno de sus derechos, la consideración primordial será garantizarle condiciones materiales sociales familiares, educativas, idóneas para el pleno desarrollo de su personalidad.

## **16. FORMA DE DECIDIR LA GUARDA.**

Para decidir sobre qué progenitor debe ostentarla rige el principio del beneficio del menor, en el caso en que no exista acuerdo entre los padres, además de oír al propio menor, se ponderarán las aptitudes de los cónyuges, relaciones con los hijos, condiciones y entorno de cada uno de los progenitores y todas aquellas circunstancias que ofrezcan la estabilidad y equilibrio en el desarrollo integral del menor.

Para garantizar el acierto en la resolución judicial, el Juez puede acordar de oficio que se practiquen las pruebas necesarias para dictaminar la idoneidad sobre

quién debe ostentar la patria potestad o la custodia. Por ejemplo, el que se realice un dictamen de un especialista cualificado...

Antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez recabará el informe del Ministerio Fiscal y oirá a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario.

De forma excepcional, la custodia puede encomendarse a un tercero, se da cuando concurren causas graves que determinen que en interés del menor, su guarda sea encomendada a un tercero. En estos casos se suele encomendar la guarda a los abuelos, parientes u otras personas que lo consintieran, y de no haberlos, a una institución idónea, confiriendo el Juez las funciones tutelares.

La guarda compartida se dará cuando los padres lo soliciten en la propuesta del convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

Prevalece el criterio de no separar a los hermanos y el mismo no procede en los casos de proceso penal por violencia doméstica o cuando el Juez advierta indicios fundados de tales actos.

Si no existe acuerdo entre las partes sobre la guarda compartida, se aplicarán excepcionalmente el Ministerio Fiscal emita un informe favorable y la guarda sea el único medio de proteger adecuadamente el interés del menor.

Entre los supuestos que hacen posible la guarda señalamos los siguientes:

Art. 27 del Código del Niño, Niña y Adolescente. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen y, excepcionalmente, en una familia sustituta que le asegure la convivencia familiar y comunitaria.

En materia matrimonial, las medidas previstas en el Art. 255 del Código de Familia referidas a la posibilidad de encomendar a los hijos a una persona distinta de los progenitores.

No obstante, el Juez, atento el interés del hijo, puede confiar la guarda de éste al padre, y aun entregarle en tutela a otra persona, prefiriendo a los parientes más próximos.

Como medida de protección social que puede determinar la autoridad judicial, según lo dispuesto por el inc. 4 del Art. 210 del CNNA, el Juez de la Niñez y Adolescencia puede aplicar la siguiente medida, colocación en hogar sustituto.

## **17. DERECHOS DEBERES DE LOS GUARDADORES.**

El guardador, asume plena responsabilidad del niño, niña o adolescente, su custodia y protección temporal, obligándose a su cuidado y a prestarle asistencia material y moral.

Si bien expresamente tampoco el CNNA determina cuales son estos, por analogía se conecta estos deberes por su similitud con los establecidos en el art. 258 del Código de Familia referidos al contenido de la Autoridad Paterna.

En ese contexto tenemos que el primer deber conforme lo expresa Vaquer Antoni Aloy " es el de velar por el menor, se trata de un deber inherente a la guarda que asumen los guardadores. Consiste en la atención tanto material como moral, prestándole todas las atenciones necesarias para recuperarlo de la situación de desamparo precedente.

A continuación se enuncia el deber de convivencia, como deber ineludible para la plena integración familiar del niño, niña o adolescente. Los guardadores asumen también la obligación de alimentar al guardado\* una obligación que es compartida

con los progenitores si estos existen, pues el art.2 del CNNA los faculta a tramitar la asistencia familiar cuando sea posible<sup>9</sup>.

La Guarda, confiere al guardador el derecho de oponerse a terceras personas, inclusive a los padres si éstos existiesen.

Finalmente, los responsables de la guarda, bajo ninguna circunstancia pueden transferir a terceras, al niño cuya guarda les fue conferida por disposición expresa del art. 47 del CNNA.<sup>10</sup>

## **18. DERECHOS DE LA FAMILIA DE ORIGEN.**

### **18.1. FAMILIA DE ORIGEN.**

La guarda por sí sola no modifica ni la relación de parentesco ni los derechos con la familia de origen respecto del niño, niña o adolescente que se encuentre bajo esta modalidad de familia sustituta, mientras no exista resolución que suspenda o extinga la patria potestad Sin embargo, cualquier restricción que el juez determine respecto los derechos emergentes de la autoridad paterna constituye una decisión que se toma en función al "interés superior del niño" y como medida de protección social, según el criterio del juzgador y obviamente los informe técnicos que cursen en obrados. Se acordará si los progenitores pueden comunicarse y mantener contacto con el niño o adolescente en guarda, o en su caso, si la finalidad es precisamente protegerlo, y se estime más conveniente para el menor su separación completa de la familia de origen, se ordenará suspender toda visita a los mismos.

---

6 Santiago Espiau Antoni Vaquer Protección De Menores Acogimiento Y Adopción (1999).

## **19. DERECHOS Y RESPONSABILIDADES DE LOS PROGENITORES.**

La autoridad de los padres denominada también patria potestad es el conjunto de poderes y deberes de los progenitores en relación a sus hijos menores de 18 años que la ley establece, que consiste en proteger, educar e instruir a sus hijos y cuidar de sus intereses personales y patrimoniales.

La autoridad de los padres antiguamente era entendida como un derecho absoluto de los padres en relación a sus hijos incluso con la posibilidad de disponer en relación a su vida, los hijos eran considerados objetos por ello aún hoy en día se escuchan frases: “ como es mi hijo puedo hacer lo que quiera con él incluso matarlo”.

Ahora la autoridad de los padres es interpretada como un servicio de los padres hacia sus hijos/as y un deber, hasta que ellos puedan por sí mismos cubrir sus necesidades y ejercer sus derechos, en especial los patrimoniales y de disposición.

Los derechos fundamentales de los hijos son:

- a) Tener una filiación conocida es decir saber quién es su padre y madre, tener un nombre y apellidos.
- b) A ser mantenidos y educados por sus padres.
- c) A heredar a sus padres.

Todos los hijos nacidos dentro de matrimonio, concubinato o fuera de éstos son iguales ante la ley es decir con los mismos derechos y obligaciones. Art. 59 - III. CPE Art. 173 del Código de Familia.

Art. 59 núm. III) de la Constitución Política del Estado.- Todas las niñas, niños y adolescentes, sin distinción de su origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores.

Art. 173 del Código de Familia (Principio de igualdad de los hijos).- Todos los hijos, sin distinción de origen, tienen los mismos derechos y deberes respecto a sus padres.

## **20. RÉGIMEN DE VISITAS.**

El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumpliere de forma grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Se trata de un derecho y deber cuya finalidad es la de proteger los intereses del hijo, de tener unos contactos lo más amplios e intensos con el progenitor con el que no convive a fin de favorecer su propio y necesario desarrollo emocional.

Los padres pueden pactar el régimen de vistas que consideren, pero a falta de acuerdo, se establece un régimen de visitas mínimo a favor del cónyuge no custodio.

Cada uno de los padres ejerce la autoridad que le corresponde sobre los hijos confiados a su cargo. Si la guarda se confía a los ascendientes o hermanos de los conyugues, o un tercer, se amplía respecto a estos, las reglas de la tutela.

No obstante, el padre o la madre que no ha obtenido la guarda tiene derecho de visita en las condiciones que fija el juez y el supervigilar la educación y el mantenimiento de los hijos Art. 146 del CNNA.

Los padres que no ejercen su autoridad pueden conservar con sus hijos las relaciones personales que permitan las circunstancias y supervigilar su mantenimiento y educación, a no ser que ello oponga el interés de dichos hijos Art. 257 del CNNA.<sup>11</sup>

## **21. ACTORES DEL SISTEMA DE JUSTICIA.**

### **21.1. EL JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**

El Juez de la Niñez y Adolescencia es un servidor público que ejerce poder jurisdiccional para conocer y decidir acciones destinadas a lograr la plena vigencia<sup>12</sup> de los derechos individuales de los niños, niñas y adolescentes y el procesamiento<sup>13</sup> de las infracciones penales atribuidas a los adolescentes. Su principal deber es el de dirimir conflictos de naturaleza jurídica en el marco de la ley.

La actividad de los Jueces de la Niñez y Adolescencia es eminentemente jurisdiccional. Su atribución principal es la de velar por el respeto y cumplimiento de los derechos reconocidos al niño, niña y adolescente, mediante el sistema de justicia. Su competencia es amplia, pues conoce todas las situaciones referidas a los adolescentes infractores a la ley penal; asuntos de familia como la guarda, tenencia y adopción, cuestiones de orden laboral; etc.

### **21.2. ATRIBUCIONES DEL JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**

El Juez de la Niñez y Adolescencia, conforme lo dispone el Art. 219 del Código conocerá y decidirá acciones para lograr la plena vigencia de los derechos del niño o adolescente de acuerdo con las siguientes atribuciones:

---

<sup>11</sup> Código de familia  
D'ANTONIO Daniel Hugo



1. Conocer y resolver la suspensión, pérdida y extinción de la autoridad paterna.
2. Conocer y decidir las solicitudes de guarda, tutela, adopción nacional e internacional y llevar un registro documentado de los sujetos de la adopción.
3. Colocar al niño, niña o adolescente bajo el cuidado de sus padres, tutores, guardadores o parientes responsables, excepto en casos de divorcio o separación judicial.

### **21.3. LOS EQUIPOS INTERDISCIPLINARIOS.**

Para poder captar la complejidad del mundo del niño, niña y adolescente, se hace necesario que la justicia cuente con el apoyo técnico de un equipo interdisciplinario compuesto por trabajadores sociales y psicológicos o psiquiatras.

Deben ser todos profesionales con vocación y conocimientos específicos, par después de considerar las características personales del niño, niña o adolescente en problemas, la particularidades de os miembros de su grupo familiar, la situación problemática que atraviese, el tipo de relación que los ne, el contexto habitual en que viven, etc., brinden su opinión en cada caso particular.

Señala D'Antonio que es necesario "a los fines de lograr que el tribunal o Juez de Menores pueda cumplir la tarea que le compete y en atención a la imposibilidad de reunir en una persona toda la gama de conocimientos necesarios para atender el problema del menor, pese a la especialización dl magistrado. Resulta imperiosa dotarle de personal técnico con idoneidad sobre los distintos aspectos que atañen a la realidad minoril.

El equipo interdisciplinario previsto en el Código del Niño, Niña y Adolescente de apoyo y asesoramiento al Juez está compuesto, básicamente, por un trabajador social y un psicólogo.

El Art. 271 del Código señala que el Equipo Interdisciplinario está compuesto básicamente por un trabajador social y un psicólogo. Este equipo mantendrá su autonomía respecto a otros similares que puedan funcionar en entidades estatales, nacionales o departamentales. El Consejo de la Judicatura proveerá recursos para su funcionamiento.

#### **21.4. EL MINISTERIO PÚBLICO ESPECIALIZADO.**

Entre los nuevos cambios que se operan en la justicia infanto-juvenil, tenemos la institución de un Fiscal de la Niñez y Adolescencia y el fortalecimiento de sus funciones como representante del Ministerio Público. Los deberes y atribuciones que se le otorgan son amplios, haciéndose necesario destacar que deja de ser un simple refrendatario de actuaciones judiciales y policiales.

El nuevo ordenamiento confiere protagonismo a los fiscales en tareas de investigación y acusación, en su carácter de titulares de la acción referida a los delitos atribuidos a los adolescentes, con iniciativa y poder de decisión.

Sus atribuciones están establecidas en el Art. 273 del Código del Niño, Niña y Adolescente.

Para comprender mejor el rol que desempeña el Ministerio Público en el nuevo procedimiento, señala el Dr. Oscar Crespo Soliz “es necesario describir, aunque sea someramente, el papel que le corresponde cumplir en el inquisitorial en actual vigencia. Cabe destacar que este último al conferir al Juez el doble papel de investigador y juzgador desplaza al fiscal de su papel de acusador público convirtiendo su participación en el proceso, en poco menos que prescindible.

Privar al Fiscal de sus legítimas atribuciones de la verdad en torno a los hechos de materia de imputación penal; por cuanto los jueces munidos de una facultad que no les compete, tampoco investigan ni controlan la investigación de los agentes policiales. Los cuales se convierten en árbitros del proceso penal, sobre cuyas actuaciones aquellos toman las decisiones finales. En el sistema procesal acusatorio desaparece la concentración de funciones. Los fiscales son acusadores permanentes ante el órgano jurisdiccional tienen independencia para investigar el delito y promover la acción correspondiente, como sus legítimos titulares en tanto que los jueces asumen la calidad de controladores de los derechos fundamentales de las personas”.

Como vemos, el Ministerio Público es una institución indispensable en un estado de Derecho, pues entre sus atribuciones está prevista la obligación de velar por la primacía de la Constitución Política del Estado, la aplicación de sus principios y normas. Tiene el deber de interponer las acusaciones respectivas cuando se infringe la norma penal y, precautelar los derechos y garantías de las personas establecidas en dicho instrumento legal.

En el área criminal tiene la calidad de representante del estado y debe proponer la acción correspondiente en la justicia dentro del marco de sistema acusatorio.

Si bien el CNNA otorga al Fiscal de la Niñez y Adolescencia en un inicio un carácter multifuncional, pues entre sus atribuciones también estaba la de actuar como defensor de los intereses sociales, particularmente en protección de la familia, de los derechos de la niñez y los intereses de los discapacitados promoviendo acciones y recursos a fin de proteger los derechos amenazados o violados, ya sea en instancias judiciales o administrativas, la promulgación del nuevo Procedimiento Penal estableció que solamente cumplirá funciones de naturaleza acusatoria penal derogándose las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia respecto a su participación en procesos de protección y familia.

## **21.5. LAS DEFENSORIAS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**

Las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, establecidas en cada Gobierno Municipal, como instancias técnicas promotoras de defensa, protección y cumplimiento de los derechos del niño, niña y adolescente constituye los órganos que garantizan a los niños, niñas y adolescentes el respeto a su condición jurídica, sus derechos y sus intereses.

La defensoría defiende los derechos de los niños, niñas y adolescentes, supervisa la protección jurídica y actúa como abogado defensor de oficio en todos aquellos procesos en los que el acusado no cuente con abogado particular.

La Ley 1702 del 17 de julio de 1996, en su artículo 7, crea las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, como instancias técnicas promotoras de defensa, protección y cumplimiento de los derechos del niño, niña y adolescente estableciendo que cada Gobierno Municipal creara las correspondientes Defensorías en el marco de su estructura administrativa, según la población de su territorio, el número y características de los distritos y cantones.

El nuevo código vuelve a normarlas de manera integral y detallada, en los artículos 194 a 203, estipulando su concepto, caracteres y atribuciones.

La Defensoría es un servicio municipal permanente de protección y defensa socio-jurídica dependiente del Gobierno Municipal. Su objeto es precautelar la vigencia de los derechos de la niñez, de conformidad al marco legal previsto en el código y otras disposiciones legales.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Sandra Pacheco De Kolle Derecho De La Niñez Y Adolescencia

## **22. TRAMITE Y EJERCIO DE LA GUARDA.**

La constitución de la guarda es judicial y su trámite es de jurisdicción voluntaria. El código no regula su procedimiento y solo encontramos que el Art. 44 otorga legitimación para iniciar la acción toda persona que acoge a un niño, niña o adolescente obligándola a denunciar este hecho en el plazo máximo de 72 horas. Consideramos que el trámite a seguir por analogía al de la adopción deberá seguir los pasos procedimentales establecidos para dicha institución.

En caso de que los guardadores deseen acoger en su seno familiar a un niño institucionalizado la demanda de guarda deberá ser interpuesta ante el juez de la Niñez y Adolescencia en cuya jurisdicción se encuentra el niño o adolescente que se pretende acoger.

La solicitud de guarda deberá hacérsela por escrito cumpliendo los requisitos exigidos para la formulación de toda demanda. Se explicitara las condiciones personales, familiares y sociales, como medios de vida del impetrante acompañándose la documental que se estime pertinente.

Admitida la acción el Juez ordenara la investigación requerida para verificarse si procede o no su autorización. Asimismo decidirá en que concepto serán citados los padres si los hubiere, estuvieren identificados y si fuese posible localizarlos, para que estén a derecho o simplemente para escuchar su opinión en caso de ser necesario, pues para su constitución no se requiere del consentimiento de los padres en atención a que la consideración primordial será el interés superior del niño. Esto a fin de salvaguardar y revestir de las necesarias garantías de los actos judiciales de comunicación que se practican en estos procedimientos. Se excluye a los progenitores que estuvieren privados de la patria potestad, pues al estar suspendidos los derechos no les asiste ninguna prerrogativa al respecto.

En el caso del que el niño o adolescente no se encuentre bajo la guarda de hecho de los solicitantes se procederá a asignar a un niño institucionalizado y se fijara día y hora de audiencia de entrega a los solicitantes. En dicho acto procesal, se escuchará a los guardadores y se les hará saber sobre la trascendencia e importancia social de la institución como de los compromisos que adquieren al asumir el cuidado y protección de un niño o adolescente dejando en el expediente constancia escrita de ello.

Se escuchara al niño conforme lo exige el Art. 38 núm. I) del CNNA y en caso de ser adolescente, su opinión será fundamental para la decisión del Juez.

Concluido el acto, y en su caso practicadas las diligencias de prueba que el Juez considere oportunas para el pronunciamiento de la resolución final, se establecerá la forma de ejercicio y duración de la guarda.

Art. 274.- (Procedimiento común). Del CNNA., Corresponde al juez de la niñez y de la adolescencia, conocer y resolver las demandas que se interpongan.

Art. 275.- (Demanda). Del CNNA. La demanda debe presentarse por escrito, ofreciendo la prueba correspondiente, ante el juez del domicilio del niño, niña y adolescente, la misma que deberá contener.

1. Indicación del Juez ante quien se la interpone;
2. La suma o síntesis de la acción que se deduzca;
3. El nombre, domicilio y generales de los padres, representantes legales o la entidad que asuma la defensa de los derechos dl niño, niña o adolescente;
4. Nombre, domicilio y generales de ley del demandado cuando corresponda;

5. La petición en términos claros y precisos; y,
6. El derecho expuesto sucintamente.

### **23. DURACION Y CESACION DE LA GUARDA.**

La guarda tendrá carácter transitorio y será evaluada durante dos años cada 180 días a través de las instancias técnicas departamentales o las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, según se ordene en resolución. Se realizara el seguimiento correspondiente, pudiendo en función a los informes presentados por la institución asignada al efecto, revocarse la misma mediante resolución fundamentada, luego de haberse oído al niño o adolescente.

### **24. DERECHO COMPARADO.**

Desde comienzos del segundo tercio del pasado siglo, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos se ocuparon de reformar el derecho de familia. Las nuevas concepciones sociales sobre la familia estaban fuertemente inspiradas en el principio de igualdad acogido por la Organización de Naciones unidas. La igualdad de los cónyuges y las relaciones de igualdad de los progenitores respecto a los hijos encontró un respaldo jurídico para fundamentar las reformas del derecho de familia en la igualdad de todos sus miembros.

#### **A).DERECHO CUBANO.**

La constitución de 1940 fue el primer intento legal de respaldar el principio de igualdad en el ámbito social y en las relaciones familiares pero aún cuando se reconoció en esta época formalmente la igualdad de los cónyuges y de los hijos, no fue hasta 1975 en que se promulga el Código de Familia que estos derechos se hicieron legalmente efectivos. Las variantes de Guarda y custodia más comunes para la protección y asistencia de los hijos sujetos a la patria potestad son: guarda unilateral, guarda compartida o alternativa, guarda conjunta, guarda a

cargo de tercero y dentro de esta, la especialidad de la guarda a los abuelos, que es el motivo de este artículo. Se tiene como móvil de este trabajo la existencia de situaciones excepcionales en las que se hace necesario, independientemente de que la patria potestad la tengan los progenitores por derecho, la guarda y custodia del menor de edad se le otorgue a un tercero, en este caso los abuelos, si reúnen las condiciones, con el objetivo de lograr un principio fundamental, el “Principio del interés superior del niño”. Antes de 1975 no había unanimidad de opiniones en cuanto a la guarda y cuidado de los hijos. El Decreto ley No. 206 del 10 de mayo de 1934 estableció, en su sección cuarta, que los hijos menores de cinco años quedarían al abrigo y cuidado de la madre, salvo que esta fuera declarada culpable de una de las causales del divorcio. Después de los cinco años de edad, los varones pasaban a la guarda y cuidado del padre y las hembras a la madre, no obligándose al juez a esta regla ante un conyugue culpable. De resultar ambos privados, se disponía la guarda y cuidado.

En 1975 cuando se produce la transformación del Derecho de Familia especialmente en cuanto a las relaciones paterno- filiales, se estableció una diferencia sustancial con el anterior sistema de atribución de la guarda y cuidado de los hijos menores de edad por los progenitores que no conviven, se eliminaron las causales de divorcio y se abandonó definitivamente el criterio de atribución, según la culpabilidad o no de los conyugues en el divorcio. La atribución de la guarda y cuidado de los hijos menores de edad y las relaciones paterno- filiales quedaron reguladas en el Código de Familia en el Capítulo II del Título II, titulado “De las relaciones entre progenitores e hijos” con dos secciones: la primera dedicada a la patria potestad y su ejercicio en cualquiera de las situaciones jurídicas en que se encuentren los progenitores, y la segunda, que regula de forma general la guarda y cuidado y comunicación entre progenitores e hijos.

Los artículos 57 y 58 de la sección cuarta del capítulo III del título I del Código de Familia establece una regulación especial referente a los hijos cuyos progenitores se encuentran en trámites de divorcio.



En esta materia de guarda y cuidado de los hijos menores de edad, nuestro Código de Familia le da preferencia a la madre frente al padre establecido ello en su artículo 89, independientemente de que el artículo 1 del citado código declara “la absoluta igualdad de derecho entre el hombre y la mujer” y la obligación de estos de cumplir eficazmente “ sus obligaciones con respecto a la protección, formación moral y educación de los hijos para que se desarrollen plenamente en todos los aspectos y como dignos ciudadanos de la sociedad socialista”.

Respecto a la guarda y cuidado de los hijos menores el artículo 88 del Código de Familia plantea que estos “estarán al acuerdo de los padres, cuando estos no convivieran juntos”.

El artículo 90 del Código de Familia plantea que “el tribunal dispondrá lo conveniente para que aquel de los padres al que no se le confiera la guarda y cuidado de los hijos menores de edad conserve la comunicación escrita y de palabra con ellos”.

A finales de 1977 se le agregaron tres artículos al Código Civil Español referente a la igualdad del padre y de la madre en cuanto al ejercicio de la patria potestad, sin esclarecer de qué forma se llevaría a cabo.

El 15 de Septiembre de 1978 en el boletín oficial de las cortes se publica como proyecto de Ley sobre reforma del Código Civil en materia de patria potestad las modificaciones propuestas por Díez- Picazo basadas en la igualdad del hombre y la mujer, con la eliminación- en el proyecto- de la preferencia del padre en el ejercicio de la patria potestad que estaba vigente, y que era una situación contraria a la posición asumida por el Derecho Comparado.

## **B). DERECHO ESPAÑOL.**

En principio los progenitores pueden encargarle la guarda de sus hijos a un tercero cuando lo consideren conveniente, pero quedará siempre a criterio del Juez valorar si la medida se ajusta o no al interés del menor de edad, pues

excepcionalmente el artículo 103.1 del Código Civil ha previsto que “los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de haberla, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez”.

Ejemplo de esto lo observamos en La audiencia Provincial de Granada quien emitió un razonamiento judicial que ratificó a favor de los abuelos paternos la guarda y custodia del menor de edad por voluntad de este, con el fundamento jurídico segundo por el que estima.

Frente a ello no cabe oponer la infracción de los preceptos inherentes a la patria potestad, pues en lo atinente a la guarda y custodia, del artículo del Código Civil se desprende que no es preciso que lo ostentes los padres, ya que el término persona que se utiliza en los artículos 90 A) y 103, primer párrafo segundo del Código Civil, permite estimar que, aun cuando la regla general sea la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, excepcionalmente podrá ser conferida a otra persona o institución, si las circunstancias concurrentes así lo aconsejen. Solución a la que igualmente se llega ex artículo 158 del mismo texto legal. Con ello simplemente se está revistiendo de legalidad a una situación que de facto ya existe.

La sentencia del Tribunal Supremo Español del 29 de Marzo de 2001, que declara sin lugar el recurso de casación que acusa como infringido el artículo 170 del Código Civil, admite la posibilidad de la guarda a un tercero como medida de carácter temporal, sin que esto conlleve a la suspensión o privación de la patria potestad.

La jurisprudencia menor Española atribuye la guarda y custodia a las personas más adecuadas para prestar los cuidados y atenciones que requieren los menores de edad en consideración de sus intereses sin que necesariamente los progenitores sean privados de la patria potestad.

Lagunas u omisiones del Código de Familia, algunas situaciones de hecho que hacen necesaria la modificación de este Código.

El artículo 85 del Código de Familia plantea que los padres dentro de sus deberes está el de “tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado.

El artículo 88 del Código de Familia es bien claro cuando dice “respecto a la guarda y cuidado de los hijos, se estará al acuerdo de los de los padres” no dando margen a otra cosa mucho menos al reclamo por un tercero, sin tener en cuenta el principio del interés del menor de edad, tampoco se valoran elementos tan importantes como la convivencia que es el elemento indispensable para la guarda y cuidado.

El artículo 89 del ya citado Código se refiere a algunos aspectos como son:

- 1- De no mediar acuerdos de las padres.
- 2- De ser esos acuerdos atenderlo a los intereses materiales o morales de los hijos.
- 3- Lo que resulte más beneficioso para los menores de edad.
- 4- En igualdad de condiciones.
- 5- Del padre en cuya compañía se hayan encontrado.
- 6- Prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos.
- 7- Salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución.

### **C). LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA.**

Desde hace algunos años ha tratado de dar respuesta a las necesidades que niñas, niños y adolescentes tienen dentro de sus comunidades y círculos familiares, en este sentido primero se promulga el Código del Menor de 1992 considerando a este sector de la población sólo como objeto de derechos, posteriormente entra en vigencia el actual Código del Niño, Niña y Adolescente (CNNA), promulgado el 27 de octubre de 1999, tratando de superar los resabios de la anterior norma y brindar un enfoque integral en el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes , pero demostrando una vez más en sus trece años de aplicación que carece de institutos jurídicos adecuados para la protección y garantía de los derechos de este sector desprotegido de la población.

Es así, que la Constitución Política del Estado de 2009, en sus artículos 58, 59, 60 y 61 reconoce y eleva a rango constitucional los derechos de niñas, niños y adolescentes resaltando el derecho a la familia, desarrollo integral, filiación sin discriminación alguna y a la identidad, asimismo, sancionando y prohibiendo toda forma de violencia, el trabajo forzado y la explotación en contra de niñas, niños y adolescentes.

La norma suprema propugna también los principios de corresponsabilidad haciendo referencia a que el Estado en todos sus niveles, la sociedad y la familia tienen el deber de garantizar el interés superior de la niña, niño y adolescente, entendido como “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”.

Con relación al rango etario manifiesta que se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad, entendiéndose como menor de edad a toda persona menor de 18 años, evidenciándose la necesidad de hacer una aclaración

terminológica y es que aun cuando la ley y cierto sector de la doctrina insistan en la utilización de los términos “niña, niño y adolescente”, la Constitución Política del Estado hace referencia a “menor de edad”, porque considera que el mismo no tiene ningún contenido despectivo o peyorativo, sino que denota simplemente la situación de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad.

Sin embargo, de acuerdo a las Recomendaciones del Comité de Derechos del Niño al Estado Boliviano, que acoge complacido la Nueva Constitución, que incluye una sección sobre los derechos del niño, empero lamenta que la legislación nacional no esté conforme a la Convención en determinados aspectos, por lo que recomienda que la adopción de medidas encaminadas a las reformas legislativas se enmarque en un análisis integral del sistema legislativo para lograr que tanto el derecho positivo como el derecho consuetudinario indígena se ajusten a las obligaciones dimanantes de la Convención, en particular en lo que se refiere al Código Niño, Niña y Adolescente.

El Estado Boliviano adoptó estos principios en cumplimiento de los compromisos adquiridos al momento de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que por su carácter vinculante, obliga al Estado Boliviano a garantizar a niñas, niños y adolescentes los medios idóneos para efectivizar sus derechos; Es en este sentido que se presenta el ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO DE LA NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE, como medio jurídico idóneo que reconoce a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos y crea un marco institucional que garantiza el efectivo cumplimiento de sus derechos.

El presente Anteproyecto de Ley tiene como finalidad la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes, entendido como la aplicación de un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que tienen su antecedente directo en la Declaración Universal de los Derechos del Niño y se condensan en seis instrumentos básicos: La Convención Internacional de los Derechos del Niño, las

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riyadh), el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la Organización Internacional del Trabajo; y la Carta de la UNESCO sobre la Educación para Todos.

Esta doctrina de la protección integral es recogida por el ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO DE LA NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE a través de su Sistema de Protección de Derechos, respetando la nueva estructura de organización territorial del Estado, con sus Gobiernos Autónomos Departamentales, Municipales e Indígena Originario Campesino dentro del marco de la corresponsabilidad que todos los niveles del Estado, la sociedad y la familia tienen para el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes.

Con relación a los adolescentes con responsabilidad penal, se determina para los menores de dieciocho años y mayores de catorce años, y la inimputabilidad para los menores de catorce años salvando el daño civil ocasionado. Se busca un trato diferenciado de los adolescentes respecto de los adultos por las consecuencias de los hechos que siendo típicos, antijurídicos y culpables, signifiquen la realización de una conducta definida como delito o falta, toda vez que el adolescente no tiene la capacidad de entender y de obrar conforme a esa comprensión, por lo cual se reprocha el daño social que causan, imponiéndoles sanciones que constituyen medidas con finalidad educativa y de reinserción social creando un sistema de justicia especializada para adolescentes con responsabilidad penal.

Para honrar los compromisos internacionales que Bolivia asume al momento de ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño y al elevar a rango constitucional los derechos de la niñez y adolescencia en los artículos 58, 59, 60 y 61 de la sección V de la Constitución Política del Estado, se hace evidente la necesidad de ajustar la legislación interna a los principios y disposiciones

contenidas en dichos instrumentos jurídicos pertenecientes al Bloque de Constitucionalidad, para lo cual se debe observar las facultades o competencias que el nivel central de Estado tiene para codificar la normativa a favor de la niñez y adolescencia, tal cual ordena el artículo 298 de la Ley Fundamental, empero sin dejar de lado que en cuanto a la codificación de normas a favor de la niñez y adolescencia, existe un vacío en relación a la instancia competente para legislar la materia.

Por ello el Artículo 72 de la Ley de Autonomías, al referirse a la Cláusula Residual, nos señala que las competencias no incluidas en el texto constitucional de acuerdo al Parágrafo II del Artículo 297 de la Constitución Política del Estado serán atribuidas al nivel central del Estado y esta definirá mediante Ley su asignación de acuerdo al Parágrafo I del mismo artículo, permitiendo de esta manera en base a la aplicación de la Cláusula Residual la regulación normativa del CÓDIGO DE LA NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE, desde el nivel central del Estado.

Por lo expuesto precedentemente se elabora el ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO DE LA NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE , como mecanismo normativo idóneo y suficiente que permite construir un nuevo sistema de derechos para niños, niñas y adolescentes, propiciando un cambio en las instituciones públicas, privadas y la sociedad a fin de efectivizar esos derechos, fundamentando sus preceptos en la doctrina de la Protección Integral y respetando una serie de principios rectores que constituyen sus pilares fundamentales: el niño como sujeto de derechos; el interés superior del niño; la prioridad absoluta; la participación y el rol fundamental de la familia en la garantía de los derechos de los niños y adolescentes. Asimismo, recoge no solo los principios y disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Constitución Política del Estado, sino las vivencias y necesidades de niños, niñas y adolescentes que participaron en el proceso de construcción a nivel nacional, proceso que se

caracterizó por la participación directa de los interesados y la sociedad en su conjunto.

#### **D). LEGISLACION DE LA REPÚBLICA DOMINICANA.**

Definición de niño, niña y adolescente se considera niño o niña a toda persona desde su nacimiento hasta los doce años, inclusive; y adolescente, a toda persona desde los trece años hasta alcanzar la mayoría de edad.

El Estado, como representante de toda la sociedad, tiene la obligación indeclinable de tomar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de cualquier otra índole que sean necesarias y apropiadas para garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes disfruten plena y efectivamente de sus derechos, y no podrá alegar limitaciones presupuestarias para incumplir las obligaciones establecidas.

En este sentido, el Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente sus responsabilidades y garantizará a los niños, niñas y adolescentes el acceso a los programas y servicios para el disfrute de todos los derechos consagrados en este Código.

La familia es responsable, en primer término, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo, educación y protección integral de sus hijos e hijas.

La sociedad y sus organizaciones deben y tienen derecho a participar activamente en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes. El Estado debe crear formas para la participación directa y activa de las instituciones gubernamentales y no gubernamentales, en la



definición, ejecución y control de las políticas de protección dirigidas a los niños, niñas y adolescentes.

## DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1.- SUJETO PLENO DE DERECHO. Todos los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho. En consecuencia, gozan de todos los derechos fundamentales consagrados a favor de las personas, especialmente aquellos que les corresponden en su condición de persona en desarrollo, y los consagrados en este Código, la Constitución de la República, la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales.

Párrafo.- Estos derechos son de orden público, intransigibles, irrenunciables, interdependientes e indivisibles entre sí.

**DERECHO A OPINAR Y SER ESCUCHADO.** Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar libremente su opinión, ser escuchados y tomados en cuenta, de acuerdo a su etapa progresiva de desarrollo.

Párrafo I.- Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes: estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional.

Párrafo II.- Se garantiza a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que esté vinculada a la garantía de sus derechos e intereses.

Art. 59.- **DERECHO A SER CRIADO EN UNA FAMILIA.** Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en el seno de su familia de origen. Excepcionalmente, en los casos en que ello sea imposible o

contrario a su interés superior, tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en una familia sustituta, de conformidad con este Código. En ningún caso puede considerarse la falta de recursos económicos como un motivo para separar a los niños, niñas y adolescentes de su familia de origen.

Párrafo I.- La separación de un niño, niña o adolescente de su familia sólo podrá ser el resultado de una decisión judicial y únicamente en los casos previstos por este Código, siempre que se compruebe que el hogar familiar no garantiza un ambiente adecuado a su interés superior, que permita el desarrollo del niño, niña o adolescente.

Párrafo II.- En todo caso, la familia debe ofrecer un ambiente de afecto y seguridad, que permita el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Art. 60.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado, con la activa participación de la sociedad, debe garantizar programas y medidas especiales de protección para niños, niñas y adolescentes, privados de la familia biológica o adoptiva, temporal o definitivamente.

Art. 61.- IGUALDAD DE DERECHOS. Todos los hijos e hijas, ya sean nacidos de una relación consensual, de un matrimonio o adoptados, gozarán de iguales derechos y calidades, incluyendo los relativos al orden sucesoral.

Párrafo.- No se admitirá el empleo de denominaciones discriminatorias relativas a la filiación de una persona.

## TÍTULO II

### DE LA FILIACIÓN

Art. 62.- PRUEBA DE FILIACIÓN PATERNA Y MATERNA. Los hijos nacidos dentro del matrimonio se reputan hijos del esposo. La filiación de los hijos se prueba por el acta de nacimiento emitida por el Oficial del Estado Civil. A falta de ésta, basta la posesión de Estado, conforme se establece en el derecho común. La filiación materna se prueba por el simple hecho del nacimiento. En todo caso se podrá recurrir a las pruebas científicas para confirmar o negar la filiación materna o paterna.

Art. 63.- MODALIDADES DE RECONOCIMIENTO. Los hijos e hijas concebidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos por su padre de manera individual, al producirse el nacimiento o con posterioridad a él, ya sea declarándolo ante el Oficial del Estado Civil, por testamento o mediante acto auténtico, sin importar la situación jurídica de la relación de la cual provenga.

Párrafo I.- El reconocimiento puede preceder al nacimiento del hijo o hija, surtiendo efecto solamente si nace vivo o viva, o posterior al fallecimiento del hijo o hija si éstos dejan descendientes.

Párrafo II.- Cuando el reconocimiento no se haya efectuado ante el Oficial del Estado Civil, basta la presentación del documento, por la persona interesada, donde consta a dicho reconocimiento para que el mismo expida el acta de nacimiento correspondiente.

Párrafo III.- La madre podrá proceder a demandar judicialmente el reconocimiento de un hijo o hija desde su nacimiento hasta su mayoría de edad. En ausencia o imposibilidad de la madre, el responsable o tutor puede iniciar la acción en reconocimiento.

Los hijos e hijas podrán reclamar la filiación en todo momento, luego de su mayoría de edad.

Art. 64.- LEY APLICABLE. La filiación estará regida por la ley personal de la madre al día del nacimiento del hijo o hija. Si la madre no es conocida, por la ley personal del hijo o hija.

Párrafo.- La posesión de estado producirá todas las consecuencias que se derivan de la ley dominicana, aunque los otros elementos de filiación dependan de una ley extranjera, a condición de que el hijo o hija nacido dentro del matrimonio o de una unión de hecho, y el padre y la madre tengan en República Dominicana su residencia habitual, común o separada.

Art. 65.- COMPETENCIA. Las acciones relativas a los conflictos de filiación y las acciones en reconocimiento o desconocimiento de filiación serán competencia de la sala de lo civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, del domicilio del niño, niña y adolescente.

## TÍTULO IV

### DE LA GUARDA Y DEL RÉGIMEN DE VISITA

#### CAPÍTULO I

##### DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA GUARDA.

Art. 82.- DEFINICIÓN DE GUARDA. Es la situación de carácter físico o moral en que se encuentra un niño, niña o adolescente bajo la responsabilidad de uno de sus padres, ascendientes o una tercera persona, sea ésta una persona física o moral, por medio de una decisión judicial, como consecuencia de un divorcio, separación judicial o de hecho, declaración de ausencia, acción u omisión que vulnere la seguridad e integridad, irresponsabilidad, abandono, abuso o por cualquier otro motivo.

Art. 83.- CARÁCTER Y NATURALEZA DE LA GUARDA. La guarda es una institución jurídica de orden público, de carácter provisional, que nace excepcionalmente para la protección integral del niño, niña o adolescente privado de su medio familiar y para suplir la falta eventual de uno o de ambos padres o personas responsables.

Art. 84.- OTORGAMIENTO DE LA GUARDA. El Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes otorgará la guarda al padre, la madre o tercero que garantice el bienestar del niño, niña y adolescente de acuerdo al interés superior.

Párrafo.- El incumplimiento de las obligaciones inherentes a la guarda tendrá como consecuencia la pérdida de la misma, con carácter temporal o definitivo.

Art. 85.- OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. En todo procedimiento de guarda se requiere la opinión previa del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes.

Art. 86.- PRONUNCIAMIENTO O REVOCACIÓN. La guarda podrá ser pronunciada o revocada en cualquier momento mediante decisión judicial debidamente fundamentada, oídas las partes y la opinión del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes.

Art. 87.- EFECTOS DE LA GUARDA. La guarda obliga a quien se le conceda, la prestación de asistencia material, moral y educacional a un niño, niña o adolescente, confiriéndole el derecho de oponerse a terceros, incluyendo a los padres.

Párrafo.- El niño, niña o adolescente tendrá derecho a mantener de forma regular y permanente relaciones directas con el padre o la madre despojado de la guarda, siempre que esto no atente con su interés superior.

Art. 88.- OBLIGACIÓN DE CONTACTO DIRECTO CON EL GUARDIÁN. Para el ejercicio de la guarda se requiere el contacto directo con el niño, niña o adolescente y, por tanto, faculta para decidir acerca del lugar de su residencia. Todo cambio deberá ser comunicado al otro padre, madre, ascendientes u otras personas interesadas, siempre que esto no resulte contrario con el interés superior del niño, niña o adolescente.

Art. 89.- OBLIGACIÓN DE LOS PADRES DURANTE LA GUARDA. El padre o la madre que haya sido despojado(a) de la guarda del hijo o hija mantendrá la obligación alimentaria en los términos definidos en el artículo 170 y siguientes de este Código, debiendo contribuir a ello en proporción con sus recursos.

## CAPÍTULO II

### PROCEDIMIENTO DE GUARDA

Art. 90.- TRIBUNAL COMPETENTE. Toda demanda de guarda deberá ser introducida por ante el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del lugar donde vive la persona que ejerce la guarda.

Párrafo.- El juez competente del conocimiento de un procedimiento de guarda lo será igualmente para conocer de las pretensiones en materia de alimentos que presente de manera accesoria o que se deriven de dicho proceso.

Art. 91.- OPINIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. En todos los procedimientos que puedan afectar la guarda de niños, niñas y adolescentes deberá ser oída su opinión, de acuerdo a su madurez.

Art. 92.- ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA. La solicitud de guarda podrá ser admitida cuando la persona interesada haya cumplido fielmente con los deberes inherentes a la obligación alimentaria.

Art. 93.- INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA. Será inadmisibile la demanda de guarda del padre, la madre o persona responsable que se haya negado injustificadamente a cumplir con la obligación alimentaria del niño, niña o adolescente.

Art. 94.- VARIACIONES EN EL EJERCICIO Y COMPETENCIA DE LA GUARDA. La competencia para conocer la solicitud de guarda se regirá de la manera siguiente:

a) En caso de divorcio, los padres concurrirán por ante el o la juez de Primera Instancia en atribuciones civiles de derecho común;

b) En caso de cambio de régimen de guarda o separación de hecho, concurrirán por ante el juez de lo Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes.

Art. 95.- PRONUNCIAMIENTO Y REVOCACIÓN DE LA GUARDA. La guarda debe ser pronunciada o revocada mediante sentencia debidamente fundamentada por el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, a solicitud de la parte interesada, del Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI) y/o del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes.

### CAPÍTULO III

#### RÉGIMEN DE VISITAS

Art. 96.- VINCULACIÓN DE LA GUARDA Y RÉGIMEN DE VISITA. La guarda y el derecho de visita se encuentran indisolublemente unidos, por lo que al emitir sus fallos los tribunales deberán asegurar la protección de ambos derechos a fin de que los padres puedan mantener una relación directa con su hijo o hija.

Párrafo.- El juez, al otorgar la guarda a uno de los padres, deberá regular, al otro, si califica, el derecho de visita, de oficio o a solicitud de parte.

Art. 97.- OBLIGACIÓN MANTENIMIENTO DE VÍNCULO. El niño, niña o adolescente tiene derecho a tener contacto permanente con su padre o madre, aún en los casos en que uno de éstos no tenga la guarda.

#### CAPÍTULO IV

#### DEMANDA Y SENTENCIA DE GUARDA Y RÉGIMEN DE VISITA

Art. 98.- FASE DE CONCILIACIÓN. Antes de iniciar el procedimiento judicial de guarda y visita se agotará una etapa de conciliación por ante el Ministerio Público del Niño, Niña o Adolescente, en los términos previstos por este Código.

Art. 99.- CONTENIDO DEL ACTA DE ENTREGA. Si como resultado de la conciliación, las partes llegan a un acuerdo sobre la guarda, deberá levantarse un acta de entrega del niño, niña o adolescente, suscrita por el o la representante del Ministerio Público de Niños, Niños y Adolescentes y demás personas que intervengan en dicha conciliación. En el acta constarán las obligaciones y derechos que competen a quienes asumen la guarda y las sanciones que acarreará su incumplimiento. Dicha acta será sometida al juez para su homologación o rechazo; sin esta formalidad dicha acta no surtirá ningún efecto jurídico. El juez puede solicitar a las partes la producción de los medios de prueba lícitos para determinar la idoneidad de dicha entrega.

Art. 100.- EL DOCUMENTO REQUERIDO PARA DEMANDA DE GUARDA Y VISITA. De no llegarse a un acuerdo en la fase de conciliación, se podrá iniciar la demanda, sea directamente por la parte interesada, en forma personal, o por ministerio de abogado, o a solicitud del Ministerio Público del Niño, Niña o Adolescente. La demanda introductoria, sea en forma de instancia o de declaración, deberá ser depositada o hecha en la secretaría del Tribunal de Niños, Niños y Adolescente, e incluirá:



- a) La identificación y sus generales del o la demandante, del niño, niña y adolescente y de la(s) persona(s) que retienen u obstaculizan indebidamente las visitas, si ese fuere el caso;
- b) El acta de nacimiento del niño, niña y adolescente, de ser posible;
- c) Los motivos en que el o la demandante basa sus pretensiones;
- d) Información relativa a la posible localización del niño, niña y adolescente;
- e) Copia de la sentencia de divorcio, separación o acuerdos relativos a la custodia, guarda o régimen de visitas, debidamente certificada por la autoridad competente, en caso de que existan;
- f) Certificaciones, declaraciones o cualquier medio de prueba de otra índole, que sean pertinentes.

Art. 101.- OBLIGATORIEDAD DE LA PRESENCIA DE LOS PADRES. La presencia de ambos padres será exigida durante todo el procedimiento. El juez puede ordenar la conducencia de aquel que se negare a comparecer. Excepcionalmente el juez podrá aceptar la representación legal.

Art. 102.- VALORACIÓN PARA LA SOLICITUD DE GUARDA Y/O VISITA. Para pronunciar la sentencia sobre la guarda y/o el régimen de visitas, el o la Juez de Niños, Niñas y Adolescentes deberá tomar en cuenta, en primer lugar, el interés superior del niño, niña o adolescente, y además:

- a) El informe socio-familiar proporcionado por el unidad multidisciplinaria del Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI);

- b) Los acuerdos anteriores a que hayan llegado el padre y la madre;
- c) La sentencia de divorcio, si la hubiere;
- d) Las violaciones reiteradas a los acuerdos anteriores a la demanda;
- e) Adicionalmente, el juez deberá ponderar todos los medios de prueba lícitos para determinar la idoneidad o no de las partes que pretendan la guarda y/o regulación de la visita.

Art. 103.- FIJACIÓN DE VISITAS. En la fijación del régimen de visitas deberá consignarse:

- a) El derecho de acceso a la residencia del niño, niña o adolescente;
- b) La posibilidad de su traslado a otra localidad durante horas y días;
- c) La periodicidad y frecuencia de las visitas, vacaciones y otros;
- d) Extensión de las visitas a los ascendientes y hermanos/as mayores de 18 años, si fuere solicitado;
- e) Cualquier otra forma de contacto entre el niño, niña o adolescente y la persona a quien se le acuerda la visita, tales como comunicaciones escritas, telefónicas y electrónicas, siempre que no se vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

# **CAPITULO TERCERO**

## **CONCLUSIONES**

## **CAPÍTULO III**

### **ELEMENTOS CONCLUSIVOS**

#### **1. CONCLUSIONES CRÍTICAS**

Al nacer, cada niña y cada niño encierran dentro de sí una promesa y su derecho de vida que ilumina sus ojos. En esa tierna figura descansa el legado de los pueblos. Son ellos los llamados a ser defensores de una nación, de una cultura y de una familia. La ternura que se experimenta al sostenerlos desprende la ilusión de brindarles abrigo y cuidado para protegerlos en el seno amoroso de una familia.

En su diario vivir niñas y niños buscan en la sociedad, un espacio para desarrollarse a plenitud. Nuestra mayor responsabilidad es de cuidar y proteger a los más vulnerables, pero sobre todo darles las herramientas para que ellos construyan su presente y su futuro, ellos son el presente y el futuro de nuestro país.

La falta más grande que existe en la guarda del niño, niña y adolescente es que permite que personas que son los progenitores aludan su responsabilidad de asistirlos más al contrario esa responsabilidad recae a otras personas sean estos parientes ascendientes, descendientes o terceros.

Al existir el desconocimiento de la ley por parte de las personas que asumen la guarda sin tener ninguna resolución emitida por el Juez competente, teniendo conocimiento que las personas con menor capacidad económica son las que desconocen la ley y además el temor de que se les arrebate a su ser querido en caso de que estos puedan realizar legalmente la guarda en caso de que no puedan demostrar su capacidad económica y domicilio adecuado que no se ajusta a las necesidades actuales de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en calidad de guarda.

Como se puede ver en el desarrollo de este trabajo se pudo comprobar la hipótesis planteada y se realizaron los objetivos trazados ya que se demostró la **necesidad de reglamentar el proceso extrajudicial de la guarda de niño, niña y adolescente en la defensoría de la niñez y adolescencia de la sub alcaldía San Antonio distrito 4** por lo que una mejor reglamentación podrá permitir que dentro de este proceso las personas que se encuentran en calidad de guardadores puedan regular su condición sin un trámite moroso estos realizados en las diferentes Defensorías.

Del mismo modo se descongestionaría los juzgados siendo que las defensorías, como su nombre lo indica velan por el interés superior del niño, niña y adolescente, además estarían en contacto directo con las partes, ya que estas se encuentran distribuidas en Macro Distritos.

Finalmente, las Defensorías cuentan con un equipo profesional comprometidos que son el área legal, trabajo social, y psicológica cada una con una función específica en beneficio e interés del niño niña y adolescente, así de esta manera coadyuvar en la realización de la guarda.

## **2. RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS**

La recomendación que se sigue en el tema que vamos abordando trata de la población más vulnerable y en el entendido de que esta propuesta de dar a las Defensorías de la Niñez y Adolescencia requiere de su urgente implementación por lo que se hace necesario la modificación de la Ley No 2026 Código Niño Niña y Adolescente otorgando a las mismas facultades de regular la guarda en caso de no existir determinación judicial que lo determine provisionalmente.

Por tanto la sugerencia que se plantea en el presente tema es de incorporar en la Sección II Defensorías de la Niñez y Adolescencia una atribución más:

**ARTICULO 196º (ATRIBUCIONES).**- Son atribuciones de las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, bajo responsabilidad funcionaria:

Inc. 9) Definir la guarda provisionalmente de un niño niña adolescente en los casos que sean de su conocimiento debiendo evaluarla de la misma manera que si fuera guarda judicial.

# **ANEXOS**

## BIBLIOGRAFÍA

ASPIAU SANTIAGO ANTONI VAQUER ALOY (1999) Protección de menores, Acogimiento y Adopción, marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid Barcelona.

AMOROS PÉREZ (1997) Evolución de los diferentes modelos de selección en revista infancia y adopción ADDIA Barcelona.

CARLOS TIFFER SOTOMAYOR (1996) Ley de justicia Penal juvenil Editorial San José de Costa Rica.

CILLERO B. MIGUEL. (1998) El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención en Revista ESMESC, Santa Catalina- Brasil.

CILLERO B. MIGUEL. Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Derechos. [www.iin.org](http://www.iin.org).

CALBENTO SOLARI Tendencias el Derecho de Familia, en Boletín IIN N° 214.

CÓDIGO NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE Ley 2026 Art. 38

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

CARLOS ENRIQUE TEJEIRO LÓPEZ, Teoría General de Niñez y Adolescencia, (1998), editado por UNICEF-Colombia.

CILLERO, MIGUEL. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en infancia, ley y democracia. Editorial TEMIS, Ediciones DEPALMA, Santa Fe de Bogota- Buenos Aires, 1998.

CÓDIGO DE FAMILIA ART 45.

Derechos de Protección de la Niñez y Adolescencia Visión Mundial.

D'ANTONIO DANIEL HUGO,(1994) Derecho de Menores, Editorial Astrea Buenos Aires.



FERNÁNDEZ JOAN EGEA (1999) el acogimiento simple en Protección de Menores, Acogimiento y Adopción, marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid Barcelona.

GARATE MARTIN (1994) Convención Internacional y Legislación de Menores, Memorias del Segundo Foro Latinoamericano Permanente por la INFANCIA UNICEF, Cochabamba Bolivia.

GARATE MARTIN (1994) Convención Internacional y Legislación de Menores, Memorias del Segundo Foro Latinoamericano Permanente por la INFANCIA UNICEF, Cochabamba Bolivia.

MORAIS DE GERRERO, MARÍA. Introducción a la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. Caracas. Publicaciones UCAB. 2000.

MONTOYA, César. Familia y Menores. Caracas. Editorial Livrosca. 1999.

MIRANDA JUDITH Y OTROS la Adopción Cochabamba Bolivia.

RAFAEL SAJON (1995) derecho de Menores Abeledo Perrot Buenos Aires.

SANTIAGO ESPIAU ANTONI VAQUER Protección De Menores Acogimiento y Adopción (1999).

SANDRA PACHECO DE KOLLE Derecho De La Niñez Y Adolescencia segunda edición.

YURI EMILIO BUAIZ V. Oficial de Derechos del Niño/UNICEF.