

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



Acreditada por Resolución CEUB 1126/02

MONOGRAFÍA

PARA OPTAR EL TÍTULO ACADÉMICO DE LICENCIATURA EN DERECHO

**GUARDA E INSTITUCIONALIZACIÓN: POSIBILIDADES Y
LIMITACIONES DEL ACTUAL SISTEMA DE PROTECCIÓN A
LA NIÑEZ ABANDONADA.**

INSTITUCIÓN : Gobierno Municipal de La Paz
(Defensoria de la niñez y adolescencia “Zona Sur”)

POSTULANTE : Licet Mayela Duran Duran.

TUTOR ACADÉMICO : Dr. Juan Ramos.

TUTOR INSTITUCIONAL : Dra. Maria Jacqueline Llanos Q.

LA PAZ – BOLIVIA

2011

DEDICATORIA. -

A mis padres Antonio y Martha y a mi pequeño hijo Samir Ignacio, que me dedicaron todo el tiempo y esfuerzo, para que con su apoyo culmine mi trabajo dirigido satisfactoriamente.

MIS AGRADECIMIENTOS

A las autoridades a las que recurrí para que con su colaboración pueda realizar una mejor monografía.

A los que colaboraron en la realización metodológica de este trabajo.

PRÓLOGO

En el derecho a la Niñez y adolescencia existía la doctrina de la Situación Irregular, la misma que no consideraba al niño como sujeto de derechos sino como un sujeto de protección, sobre el cual el estado ejercía control de su persona y no de sus derechos de esta manera se protegía a la sociedad más que al niño pues se presuponía que por sus condición socioeconómica tendía a la infracción de normas, la medida de protección aplicada en forma preferente a indiferente era la institucionalización tanto a niños y adolescentes abandonados o infractores.

Es a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que se incursiona en una nueva conceptualización sobre la protección del niño, constituyéndose un derecho irrenunciable y frente a ello surge la obligación del estado para redefinir sus modelos de atención que propendan a la participación del niño, la familia y la comunidad.

El estado boliviano fue uno de los primeros en suscribir dicha convención, por lo que la aplicación de sus principios a través del Código del Menor de 1992 y su reglamentación se constituyeron en medios de protección que rescatan los postulados de la Doctrina de la Protección Integral, de la misma forma estos trascienden al Código del Niño, Niña y adolescente.

Con la nueva tendencia todos los niños tienen derecho a una familia, sin embargo cuando por razones extremas no pueden ejercer ese derecho y se encuentran en situación de abandono, tanto la Convención como la ley nacional, determinan que la medida de protección en instituciones sea tomada como último recurso, y previo a ello agotar aquellas alternativas familiares o sociales.

La razón principal de estas mediadas es el interés superior del niño, que se refiere en principio a que ellos son sujetos de derecho, y que por su peculiar

situación de desarrollo debe atenderse a sus necesidades físicas, psíquicas, afectivas y sociales, con la finalidad de consolidar su identidad, ofreciéndole un sentido y seguridad y pertinencia al medio en el que se desarrolla.

Estos aspectos motivaron a la investigadora, orientado a demostrar que vigentes los principios de la Doctrina de la Protección Integral se aplica la institucionalización respecto de la guarda a niños que se encuentran bajo la tutela del Estado incumpliendo los requisitos señalados en la legislación Internacional, Convención Internacional de los Derechos del Niño y la legislación nacional

Dra. Maria Jacqueline Llanos Q.
Tutora Institucional

INDICE

Introducción

Título Primero

Desarrollo de la Monografía Jurídica.

CAPÍTULO I- EVALUACIÓN Y BALANCE DE LA CUESTIÓN.

1.-	MARCO INSTITUCIONAL	01
1.1.-	ELECCIÓN DEL TEMA Y FUNDAMENTO	02
1.2.-	DELIMITACIÓN DEL TEMA	04
1.2.1.	Delimitación Temática	04
1.2.2.-	Delimitación Espacial	05
1.2.3.-	Delimitación Temporal	05
1.3.-	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA MONOGRAFÍA	05
1.4.-	DEFINICIÓN DE LOS OBJETIVOS	05
1.4.1.-	OBJETIVO GENERAL	05
1.4.2.-	OBJETIVO ESPECÍFICO	05
1.5.-	ESTRATEGIA METODOLÓGICA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN MONOGRÁFICA.	06
2.-	MARCO TEÓRICO	07
2.1.-	POSITIVISMO JURÍDICO	07
2.2.-	TEORÍA MODERNA	07
3.-	MARCO HISTÓRICO	08
4.-	MARCO ESTADÍSTICO	14
5.-	MARCO CONCEPTUAL	12
6.-	MARCO JURIDICO POSITIVO	15

TÍTULO II

DESARROLLO DE LA MONOGRAFÍA

CAPÍTULO II

DIFERENCIAS DOCTRINALES DE PROTECCIÓN

AL NIÑO Y SU INFLUENCIA SOBRE LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

1.	La Institucionalización en Bolivia	17
2.	Tutela Superior como medio de Protección de Derechos bajo la Influencia de la Doctrina de la Protección Integral	19
3.	El Interés Superior del Niño como Base de la Doctrina de la Protección Integral	27
4.	Influencia Jurídica de las Doctrinas sobre la Tutela del estado frente al Abandono	28

CAPÍTULO III

VENTAJAS Y DESVENTAJAS EN SU APLICACIÓN DE LAS FIGURAS DE

LA INSTITUCIONALIZACIÓN Y LA GUARDA COMO MEDIDAS TUTELARES.

1. LA TUTELA DEL ESTADO FRENTE AL ABANDONO DE LA NIÑEZ	36
1.1 Tutela indumentaria	36
1.2 Tutela voluntaria o Volitiva	36
1.3 Tutela Dativa	37

1.4 Tutela Superior	37
2. Tutela Ordinaria como Medida de Protección Familiar Frente al Abandono	37
3. Tutela Superior o Tutela del Estado frente al Abandono	38
3.1 Tutela Superior como Medio de Protección Institucionalizador bajo la Influencia de la Doctrina de la Situación Irregular	40

**CAPÍTULO IV
INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS VIGENTES EN CUANTO
A LA APLICACIÓN DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN RESPECTO
DE LA GUARDA.**

1. La Institucionalización como Medio de Protección al Niño Abandonado	45
--	----

**CAPÍTULO V
LEGISLACIÓN COMPARADA RESPECTO DE LA
APLICACIÓN DE LA GUARDA Y DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN**

1.1.- Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la Protección y Bienestar de los niños con partícula referencia a la Adopción y la colocación en Hogares de guarda, en los Planos Nacionales e internacionales.	48
2. Convención Internacional sobre los derechos del Niño	49
3.- Legislación Comparada sobre Guarda como Familia Sustituta.	50
4.- Brasil.	51
5. Colombia	52
6. Ecuador	53
7.- Bolivia: Código del Niño, Niña y Adolescente.	54

**CAPÍTULO VI
FORMA DE EJERCER LA TUTELA DEL ESTADO RESPECTO DE LA
APLICACIÓN DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN COMO ÚLTIMO RECURSO Y
LA GUARDA COMO FAMILIA SUSTITUTA EN LA CIUDAD DE LA PAZ**

1.- La Guarda Como Una Alternativa Al Abandono	56
2.- La Familia Sustituta y su Naturaleza	57
3. La Guarda Delegada como medio proteccional	65
4. Relación de La Guarda y la Patria Potestad.	66
4.1 Diferencias entre la Guarda y la Tenencia	68
4.2 Diferencia entre Guarda y Tutela	69
4.3. Clasificación de la guarda delegada: por su forma de otorgamiento y por su finalidad	70
5.- Marco Práctico. Criterio de los juristas en el ámbito familiar	76
5.1. Universo del Marco Estadístico	76
5.2. Conocimiento de la Guarda e institucionalización de la protección Del niño y adolescente en la legislación boliviana	77
5.3 Relación de Niños Institucionales y la aplicación Jurídica de la Guarda	78
5.4 Finalidad de las instituciones	79
5.5. Necesidad de reglamentar la guarda e institucionalización de la Protección a la niñez abandonada en la legislación nacional	81

6.- Resumen Analítico	82
-----------------------	----

**CAPÍTULO VII
REGLAMENTO DE EJECUCIÓN LA GUARDA E INSTITUCIONALIZACIÓN DE
LA PROTECCIÓN A LA NIÑEZ ABANDONADA.**

1.- Diseño de proyecto	84
------------------------	----

**CAPÍTULO VIII
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

1.- Conclusiones	89
2.- Recomendaciones	89
3.- Bibliografía	90
4.- Anexos	92

**TÍTULO PRIMERO
DESARROLLO DE LA MONOGRAFÍA JURÍDICA**

**CAPÍTULO I
EVALUACIÓN Y BALANCE DE LA CUESTIÓN**

1.- MARCO INSTITUCIONAL.

De acuerdo al Art. 66 y 71 del Reglamento del Régimen Estudiantil de la Universidad Boliviana concordante con el Reglamento de la Modalidad de Graduación - Trabajo Dirigido de la Carrera de Derecho, se ha cumplido con todo los requisitos como consta en el file personal, a este efecto se ha procedido a registrar de conformidad con la Convocatoria del Gobierno Municipal de La Paz,– Universidad Mayor de San Andrés (Carrera de Derecho), en la Dirección de Carrera y Previa solicitud , el Señor Director Dr. Juan Ramos Mamani, mediante Resolución del Honorable Concejo de Carrera 1662/2010, de 1 de Junio de 2010, aprueba la solicitud, asignando al Gobierno Municipal de La Paz, nombrando Tutor Académico a la Dr. Hernán Clavel Salazar, como consecuencia el Gobierno Municipal de La Paz(Defensoria de la niñez y adolescencia- Zona Sur), de acuerdo a convenio de Cooperación Interinstitucional, nombro tutor Institucional al Dr. Dra. Maria Jacqueline Llanos Q.

En cuanto al tema de acuerdo a Convenio Interinstitucional, donde establece que se pueden plantear a los pasantes de la modalidad de Trabajo Dirigido, temas tentativos con inquietudes que tiene el Gobierno Municipal de La Paz(Defensoria de la niñez y adolescencia- Zona Sur), para la elaboración de sus monografías de acuerdo a la afinidad de la materia.

Se asigno de acuerdo a convenio el Memorandum de designación con el Tema “*GUARDA E INSTITUCIONALIZACIÓN: POSIBILIDADES Y LIMITACIONES DEL ACTUAL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA NIÑEZ ABANDONADA*”, finalizada la entrevista se solicito la inmediata incorporación a la Institución, recomendando la labor que se desempeñara

en esta institución que reencuentra en cambios fundamentales en la estructura del sistema judicial, conforme a la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional.

1.1.- ELECCIÓN DEL TEMA Y FUNDAMENTO

En el derecho de la Niñez y Adolescencia existía la Doctrina de la denominada situación de protección, sobre el cual el Estado ejercía control de su persona y no de sus derechos de esta manera se protegía a la sociedad más que al niño pues se presuponía que por su condición socioeconómica tendía a la infracción de normas, la medida de protección aplicada en forma preferente e indiferente era la institucionalización tanto a niños y adolescentes abandonados o infractores.

Es a partir de la Convención Internacional de los Derechos del niño que se incursiona en una nueva conceptualización sobre la protección del niño, constituyéndose un derecho irrenunciable y frente a ello surge la obligación del Estado para redefinir sus modelos de atención que propendan a la participación del niño, la familia y la comunidad.

Con la nueva tendencia todos los niños tienen derecho a una familia, sin embargo cuando por razones extremas no pueden ejercer ese derecho y se encuentran en situación de abandono, tanto la Constitución como la ley nacional, determinan que la medida de protección en instituciones sea tomada como último recurso, previo a ello agotar aquellas alternativas familiares o sociales.

La razón principal de estas medidas es el interés superior del niño, que se refiere en un principio a que los niños son sujetos de derecho, y que por su peculiar situación de desarrollo debe atenderse a sus necesidades físicas, psíquicas, afectivas y sociales, con la finalidad de

consolidar su identidad, ofreciéndole un sentido de seguridad y pertenecía al medio en el que se desarrolla.

Estos aspectos motivaron a la realización del presente perfil de investigación, orientado a demostrar que vigentes los principios de la Doctrina de la Protección Integral se aplica la institucionalización respecto de la Guarda a niños que se encuentran bajo la Tutela del Estado incumpliendo los requisitos señalados en la legislación al momento de adoptar una medida de protección. Para tal efecto se estudio la legislación internacional, Convención Internacional de los Derechos del Niño y la legislación nacional, Código del Niño, Niña y Adolescente.

Respecto a la Guarda se establece que su aplicación sólo fue con fines adoptivos y no con fines tutelares en el caso de abandonos parciales o transitorios, el Estado incumple lo establecido en la norma de acogimiento a través de las familias de la comunidad, dando lugar al desconocimiento del derecho a la familia y a la convivencia comunitaria que tiene los niños por ser iguales ante la ley.

Es necesario resaltar que si bien la problemática de la investigación surge a partir de la aplicación de la institucionalización respecto de la Guarda en vigencia de los principio de la Doctrina de la Protección Integral, surge la imposibilidad de considerar la desaparición de las instituciones pues éstas son necesarias para dar un lugar de acogida a niños en la medida que el peligro y el abandono son cotidianos, sin embargo, si bién han asumido tradicionalmente la responsabilidad del Estado y de la sociedad, la frecuencia con legislación internacional y nacional que consagra los derechos de los niños, sino que principalmente se vulnera su derecho a un desarrollo integral que consiste a una seguridad física, psíquica, social e intelectual.

Por todo lo anteriormente expuesto, el presente trabajo de investigación, con el desafío de explicar las posibilidades y limitaciones del sistema de protección asumido por el Estado en aplicación preferente de la Institucionalización respecto de la Guarda y el incumplimiento de la legislación al momento de aplicar estas medidas impidiendo abordar el abandono de los niños en forma integral.

A través del Reglamento de Ejecución del Código del Niño, Niña y Adolescente, regular aspectos ausente de la Guarda como familia sustituta el mismo que deberá contener la promoción, la asignación de recursos para dichas familias, causales de renovación del ejercicio de la Guarda, obligatoriedad de su promoción para determinar que el acogimiento en instituciones es un último recurso.

1.2.- DELIMITACIÓN DEL TEMA.

1.2.1. Delimitación Temática. Está ubicado en la Nueva constitución Política del Estado, Art. 22 referido a la dignidad de la persona “señalando que la dignidad y la libertad de las personas son inviolables y respetarlas y protegerlas es deber primordial del estado.¹Declaración 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 Gurda, en los Planos Nacionales e Internacionales. Convención Internacional sobre los derechos del niño. Como también la Legislación comparada internacional sobre Guarda como Familia Sustituta²

¹ SC N° 797/2002, de 8 de Julio.

² GACETA OFICIAL DE BOLIVIA; Código Penal; Ley N° 1768 de 18 de Marzo de 1997.

1.2.2.- Delimitación Espacial. La investigación se realizará en aquellas instituciones de acogimiento dependiente del Estado, así como el estudio de la intervención judicial y administrativa respecto de la Tutela del Estado sobre niños, dentro del radio urbano de la Ciudad de La Paz, entre las gestiones 2009-2010.

1.2.3.- Delimitación Temporal Octubre del 2010 hasta Mayo de 2011.

1.3.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA MONOGRAFÍA.

- ¿Porque existe la guarda e institucionalización: posibilidades y limitaciones del actual sistema de protección a la niñez abandonada?

1.4.- DEFINICIÓN DE LOS OBJETIVOS.

1.4.1.- OBJETIVO GENERAL.

- Demostrar que la aplicación de la Institucionalización respecto de la Guarda a niños que se encuentran bajo la Tutela del Estado, incumple lo establecido en la legislación de la niñez y adolescencia.

1.4.2.-OBJETIVO ESPECÍFICO.

- Describir las diferencias doctrinales de protección al niño y su influencia sobre la legislación boliviana.
- Analizar las ventajas y desventajas en su aplicación de las figuras de la Institucionalización y la Guarda como medidas tutelares.
- Identificar el incumplimiento de las normas vigentes en cuanto a la aplicación de la institucionalización respecto de la Guarda.

- Analizar la legislación comparada respecto de la aplicación de la Guarda y de la Institucionalización.
- Determinar en que forma se ejerce la Tutela del Estado respecto de la aplicación de la institucionalización como último recurso y la Guarda como familia sustituta en la ciudad de La Paz.
- Proponer el Reglamento de Ejecución del Código del Niño, Niña y Adolescente,

1.5.- ESTRATÉGIA METODOLÓGICA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN MONOGRÁFICA.

Por ser un proyecto nuevo, nos basaremos en los métodos siguientes:

En la investigación metodologica- práctica se toma en cuenta los puntos de vista de los distintos factores cualificables y cuantificables para la obtención de información relacionadas con el trabajo de campo, desarrollada específicamente en ramas propias de este tipo de investigación de las cuales rescatamos:

- a) La observación directa
- b) La observación indirecta
- c) La entrevista
- d) El testimonio
- e) La estadística.

Como también para este proyecto se utilizaran los siguientes métodos aplicables a la solución del problema planteado.

- a) **Jurídico.** - Suma de procedimientos lógicos de investigaciones y causas los fines del Derecho. Que a su vez utiliza distintos tipos de métodos de acuerdo a la variedad de relaciones e hipótesis que se plantean, por ser el derecho una ciencia eminentemente práctica.³

³ **WITKER;** Jorge; Ob, Cit; Pág. 33.

- b) **Método Inductivo.** - Es el que parte de los aspectos particulares del problema inicialmente, hasta llegar a los aspectos generales del problema⁴.
- c) **Método Dialéctico.** - Que considera el problema jurídico materia de la tesis en el contexto de las relaciones sociales y económicas describiendo y evaluando sus contradicciones y conflicto⁵.
- d) **Método Analítico – Comparativo.** - Por otra parte, en la investigación se utilizará el método analítico-comparativo, tomando en cuenta que en el presente trabajo de investigación se manejará la comparación de la legislación nacional con la legislación extranjera, para obtener un respaldo en el tema.⁶

2.- MARCO TEÓRICO.

2.1.- POSITIVISMO JURÍDICO. Al ser necesario lo escrito como fuente para elaborar un Proyecto semejante y acorde a la realidad.⁷

Es necesario el derecho Comparado como fuente de información, para elaborar proyectos que mejoren la realidad de la problemática planteada. Porque además el derecho escrito, y como tal se convierte en un instrumento de la civilización, para mejorar el orden social y económico por medio de un esfuerzo conciente y deliberado

2.2.- TEORÍA MODERNA

Al ser necesario lo escrito como fuente para elaborar un Proyecto semejante y acorde a la realidad.

Es necesario el derecho Comparado como fuente de información, para elaborar proyectos que mejoren la realidad de la problemática planteada.

⁴ **Ídem.**

⁵ **WITKER;** Jorge; Ob. Pág., 33

⁶ **Ídem.**

⁷ **Dr. TRIGOSO** Apuntes de Filosofía del Derecho 2007

Porque además el derecho escrito, y como tal se convierte en un instrumento de la civilización, para mejorar el orden social y económico por medio de un esfuerzo conciente y deliberado.⁸

3.-MARCO HISTÓRICO. -

3.1.- El derecho de familia.

Todas las personas viven necesariamente en sociedad, porque requieren del concurso y auxilio de sus semejantes. Desde que se nace se recibe al amparo y apoyo de los semejantes y en las diferentes etapas de la evolución humana subsiste esa cooperación en base al intercambio de servicios para la satisfacción de las necesidades personales de subsistencia, ya que es imposible la existencia del hombre aislado o solitario. Pero el hombre para vivir en sociedad requiere de normas, que están determinados por el Derecho que se define como: “El conjunto de normas jurídicas obligatorias en la sociedad”, según **Gareca** en su extensión amplia o general, se entiende como “La facultad de actuar de acuerdo a la autonomía de la voluntad, dirigida al cumplimiento o satisfacción de las necesidades de cada ser, dentro los límites de la corrección”⁹. Me permito establecer la siguiente definición; Derecho es el conjunto de reglas de conducta imperantes en un país que universalmente admitidas conservan la armonía, la paz, la conveniencia armoniosa del hombre.

Así el derecho rige también las relaciones familiares como la célula social por excelencia, que tiene sus propias connotaciones y como tal debe ser tratada por el ordenamiento jurídico.

⁸ ACOSTA MUÑOZ DANIEL. Hacia Un Modelo De Sistema de administración y desburocratización de los registros civiles.

⁹ JIMÉNEZ Sanjines, Raúl. “Teoría y práctica del Derecho de Familia”, Op. Cit., Pág. 38-39

Por ello el derecho de Familia, como instituto jurídico especial, se ocupa de regir las relaciones jurídicas entre las personas unidas por vínculos de parentesco, de donde viene a constituirse en “el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”

3.2. Concepto de derecho de familia.

El derecho de Familia según **Sara Montero Duhalt** es: “El conjunto de normas jurídicas de derecho privado y interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público.

Para **Belluscio** el Derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares.

Laffaille señala que el derecho de familia es “el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida la disolución de la familia”

Mario Saavedra, da la siguiente definición; “El derecho de Familia es el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan, con carácter protector, las relaciones familiares, buscando el mejoramiento institucional de la familia.

3.3. Naturaleza Jurídica del derecho de Familia.

En nuestro país la naturaleza jurídica se establece o tiene sus raíces desde la ley del matrimonio Civil de 1911; seguida de la Ley de divorcio de 1932 y a subsiguiente Ley de investigación de Paternidad y Maternidad de 1962; pero fundamentalmente cobra cuerpo y potestad, con el reconocimiento de entidad propia, que a la familia de

la Constitución Política del Estado a partir de 1938; el 28 de Enero de 1972, mediante Decreto Supremo se conforma una comisión para la elaboración de códigos y mediante DL. N° 110426 de agosto de 1972, se aprueba como ley de la República el Código de Familia entrando en vigencia el 6 de Agosto de 1973.

3.4. Relación del derecho de familia y el divorcio.

Si bien el Derecho de Familia tiene como prioridad la protección de la familia como fundamento de sostenibilidad del estado o como núcleo social, el divorcio es la salvedad que otorga el derecho de familia para la disolución del mismo, cuya función es la de salvaguardar los restos de la familia debido a las incompatibilidades, existentes dentro de la familia, pero también otorga nuevos mecanismos de protección a la familia como la asistencia familiar que se encuentra íntimamente ligada a estos institutos.

3.5. El divorcio.

La palabra divorcio deriva del latín “divertito divortit”, que significa salir de la casa, yéndose cada uno por su lado, “quia inidiversa abeunt” indica también la diversidad de voluntades, “adivaersitate mentium”. Se toma en dos acepciones distintas, a saber”¹⁰

- ✚ En el sentido de disolución del vínculo matrimonial, de modo que los divorciados puedan pasar a nuevas nupcias; y
- ✚ En sentido de simple separación de personas,” quo ad thorum el cohabitationen”. En ese último sentido, el vínculo no se destruye, solo se relaja.

¹⁰ **JIMÉNEZ** Sanjines, Raúl. “Teoría y practica del Derecho de Familia”, Op. Cit., Pág. 173

Autores como **Sara Montero Duhalt y Guillermo Cabanelas** señalan que la palabra divorcio deriva de la voz latina *divortium* del verbo *divertere* que significa “separarse lo que estaba unido tomar líneas divergentes”, “irse cada uno por su lado”

Antes de entrar en las definiciones, características e historia del Divorcio, es necesario considerar la preexistencia de una relación vinculante de carácter legal denominado Matrimonio, el cual es considerado como la institución social más importante en la que a través de esta se establece la integración de una familia, derivada de la ley biológica que exige la perpetuidad de una especie, en este caso la humana. El Matrimonio se podría definir como “contrato civil (porque tiene la presencia del Estado) y solemne (porque necesita requisitos para que tenga validez), celebrado entre dos personas de sexo diferente (hombre y mujer), con el objetivo de perpetuar la especie”.

En el aspecto civil, es considerado como un contrato el cual sólo será válido si se ciñe a las normas establecidas por nuestra ley, como contrato este reviste una serie de formas solemnes sancionadas por una autoridad civil en tal carácter contractual podemos asumir que este reviste un carácter de disolubilidad, y es en tal caso que se puede recurrir ante la autoridad para solicitar tal disolución del vínculo no sin que la autoridad procure garantizar los intereses de los hijos, y de ambos cónyuges, por lo que es de vital importancia el conocimiento de sus derechos con respecto de su persona, bienes e hijos.

El divorcio en sus diversas formas y alternativas marcha pareja con la noción del matrimonio y desde el nacimiento de esta última institución hubo pueblos que, atendiendo a los mas variados sentimientos y circunstancias toleran la disolución del vínculos

matrimonial pero casi siempre, por supuesto, un función de la voluntad interesada del varón.

Cuando una pareja decide contraer matrimonio basa su decisión en diversos factores como el amor, la atracción sexual o afectiva, conveniencia o interés económico. La mayoría de las personas que se casan con la antigüedad o la esperanza de ser recíprocamente felices. Algunos lo logran durante algún tiempo y otros lo prolongan pro toda la vida. Muchos por un sin número de circunstancias, tan variadas como los seres humanos, fracasan en sus intento, tan variadas como los seres humanos, fracasan en su intento, optando pro diversas soluciones¹¹.

La disolución o divorcio del matrimonio, es entendida conceptualmente de la siguiente manera:

Carlos Alberto Arianna profesor adjunto de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires expresa:”La sociedad conyugal en el derecho positivo sólo concluye por las causas enumeradas por la ley; no existe solución fundada en el acuerdo de los cónyuges a diferencia de los sociedades civiles. Se trata de un régimen forzoso e inderogable impuesto por el ordenamiento jurídico que no depende, un cuanto a su origen, desenvolvimiento y finalización, de la voluntad de sus componentes¹²”

La disolución matrimonial señala Félix Paz Espinoza, debe entenderse, “Como el término, concusión o ruptura jurídico personal y económico constituido entre los esposos”¹³

¹¹ **JIMÉNEZ** Sanjines, Raúl. “Teoría y practica del Derecho de Familia”, Op. Cit., Pág. 173

¹² **LOGOMARSINO**, Carlos &Salcermo, Marcelo U. Op. Cit, Pág. 870.

¹³ **PAZ ESPINOZA**, Félix C. Op. Cit., Pág. 119

Colina y Capitant, manifiestan que: El divorcio “es la disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos, a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno u otro, por las causales establecidas por la ley. A su vez Planiol expresa que: “el divorcio es la disolución, en vida de los esposos, de un matrimonio válido”. Asimismo los autores franceses Planiol, Ripert y Rouast, Bonnecase, Mazeaud dan la siguiente definición: “divorcio es la ruptura mediante resolución judicial de un matrimonio válido, en vida de los esposos, por causas determinadas por ley”

Ramiro Samos Oroza considera que “puede definirse a éste como la disolución del matrimonio, pronunciada judicialmente en vida de los esposos, a pedido de uno de ellos o de ambos por una o varias causales taxativamente señaladas en la ley y que hagan imposibles la vida en común”¹⁴

El hombre por su naturaleza esencialmente social vive y convive con sus demás seres semejantes, donde la posesión de los bienes del mundo circundante causa conflictos y controversias de relevancia jurídica. Al hacer una retrospectiva histórica el procesalista uruguayo Eduardo Couture en su conocida obra "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" señala que han sido tres las soluciones que se han empleado para dirimir esos conflictos de relevancia jurídica: La autotutela que es el modo directo y personal de hacerse justicia con manos propias, la autocomposición que es la resolución del conflicto por las propias partes y el proceso.

El proceso, llega en el momento en que las partes en conflicto dirimen sus controversias o disputas ante la autoridad constituida, quedan sometidas expresa o tácitamente, a la decisión de ésta. Este instituto jurídico tan importante, fruto de un devenir de siglos podemos adelantar conceptualmente como " ... el estado dinámico producido

¹⁴ **SAMOS OROZA**, Ramiro. Op. Cit., Pág. 226.

para obtener la aplicación de la ley a un caso concreto. Es el instrumento esencial para que se realice a plenitud la función jurisdiccional, El proceso judicial es básicamente la exigencia constitucional para el desarrollo rogado de la jurisdicción. El proceso sirve a la satisfacción de los intereses jurídicos socialmente relevantes, siendo el medio constitucionalmente instituido para ello.

Asimismo el término "proceso" engloba una realidad más amplia; además del procedimiento legalmente previsto, incluye también las relaciones entre los sujetos intervinientes, las relaciones entre éstos y el objeto del proceso, etc. El proceso, además, aspira a una finalidad, que es la terminación o justa composición del litigio, y para llegar a ella emplea el procedimiento como medio. Todo proceso implica la existencia de un procedimiento; pero puede que exista un procedimiento sin que haya proceso alguno.

4.- MARCO ESTADÍSTICO.

Del universo que tomamos en cuenta que son los Tribunales de justicia, como en el mismo Ministerio de Justicia, tomando en cuenta muestreo de la Ciudad del Alto, como la Ciudad de La Paz, y se extrae una muestra que equivale al 50% de la población que trabaja en estas instituciones, de los cuales equivale a una tasa muestral de 30 personas encuestadas.

5.-MARCO CONCEPTUAL.

- **ABANDONO.** - Acción y efecto de abandonar, dejar o desamparar personas o cosas, así como también derechos y obligaciones¹⁵.
- **CERTIFICACION.** - Testimonio o documento justificativo de la verdad de algún escrito. Acto pro medio del cual una persona de fé de algo que le coste¹⁶

¹⁵ **Diccionario Jurídico;** Cabanelas. 2010.

¹⁶ **Ídem,** Diccionario Jurídico Omeba Interactivo.

- **CONTROL JURISDICCIONAL.** - Función de supervisión que tienen los órganos de la jurisdicción sobre la validez formal o sustancial de los actos de administración y sobre la constitucionalidad de las leyes¹⁷
- **COMPETENCIA.** - Atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto.¹⁸
- **GUARDA.** El encargado de conservar o custodiar una cosa. // Defensa, conservación, cuidado o custodia. // Cumplimiento, observancia o acatamiento de leyes, órdenes y demás preceptos obligatorios.
- **JURISDICCION.-.** Acción de administrar el derecho, no de establecerlo. Es pues la función específica de los jueces también la extensión y límites del poder de juzgar
- **PRELADO.** - Clérigo secular o irregular que tiene jurisdicción ordinaria en el fuero externo por lo que se excluyen quienes solo cuentan con jurisdicción¹⁹
- **TUTELA.** Si tomamos el vocablo en el sentido muy generalizado de la legislación de algunos países, la tutela es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por sí mismas

6.- MARCO JURÍDICO POSITIVO VIGENTE Y APLICABLE. -

a) NUEVA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO

En sus garantías constitucionales destacando los Art.22, 109, 110, 115,120. y siguientes precautelando los derechos fundamentales como la dignidad,

¹⁷ **Ídem**, Diccionario Jurídico Omeba Interactivo.

¹⁸ Diccionario Jurídico Omeba Interactivo, Tomo No, Edit.

¹⁹ **Ídem**, Diccionario Jurídico Omeba Interactivo

b) REGLAMENTO A LA LEY CONTRA LA VIOLENCIA EN LA FAMILIA DOMENSTICA. D.S. Nº 25087 de 6 de julio de 1998.

Estudiando los las fuentes de violencia que en muchos casos implica delitos de violación y maltrato de menores.

También estudiaremos los siguientes instrumentos.

- 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 Gurda, en los Planos Nacionales e Internacionales.
- Convención Internacional sobre los derechos del niño

TÍTULO II

DESARROLLO DE LA MONOGRAFÍA

CAPÍTULO I

DIFERENCIAS DOCTRINALES DE PROTECCIÓN AL NIÑO Y SU INFLUENCIA SOBRE LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA.

1. La Institucionalización en Bolivia

De acuerdo a la investigación “Los menores en Bolivia... ¿Sujetos Sociales hoy y mañana?” elaborada por la institución San Gabriel (1991), se tiene una descripción de la institucionalización de niños y adolescentes en la ciudad de La Paz. En dicho estudio se establece que la vida de un menor institucionalizado es la muestra en general de los menores que existen en el país.²⁰

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

Con relación a la estructura familiar de los menores institucionalizados, se tiene que solo una pequeña parte de ellos mantiene relaciones con sus familias y el resto rompe sus lazos a causa de la institucionalización. De acuerdo a este estudio, si existen vínculos familiares la institucionalización no es la ultima medida pero es la mas frecuente dando lugar a que los padres depositen su responsabilidad en las instituciones sin considerar los aspectos negativos. Lo anterior se acentúa, ya que son las mismas instituciones las que permite el alejamiento o rompimiento de vínculos familiares. De acuerdo a estos antecedentes se establece que debido a este

²⁰ CILLERO Brullon, Miguel (1998); Análisis crítico del Panorama Legislativo en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

modelo se puede considerar que las instituciones fomentan el abandono y la ruptura de los lazos familiares.

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

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

Estas características dieron lugar a percibir que el entorno institucional podía brindarles solo un tratamiento masificado.

Para los hogares el personal tiene una mínima importancia, lo que significa:

- Una persona con buena voluntad y compromiso puede llevar cabo esta tarea.
- La formación que reciben en otras disciplinas son suficiente aval para guiar un programa educativo.
- El transcurso del tiempo es suficiente para llevar a cabo esta labor.

Según **Mendizábal** Oses (1977:151), las huellas que estos habientes institucionales imprimen en los niños acogidos son muy profundas y crean seres con retrasos emocionales e intelectual. La creación de instituciones bajo un régimen no masivo, que con las naturales limitaciones, deberán de dirigirse fundamentalmente a establecer la relación que ligue al menor con la familia.

2. Tutela Superior como medio de Protección de Derechos bajo la Influencia de la Doctrina de la Protección Integral

Los tratadistas Mendizábal Oses (1977), D´ Antonio Daniel (1986), Moura Rezende, Cillanueva Magdalena citados por Sajón (1995), Bluske de Ayala (1975) y otros critican la tesis de la Situación Irregular porque consideran que esta reducido el Derecho del niño a las situaciones de irregularidad, prevención y tratamiento.

Las Naciones Unidas elaboran concepciones mas humanas y dignas para las personas en las primera etapas de desarrollo (Niños y Adolescentes), es así que se da lugar a la “Doctrina de la Protección y Desarrollo Integral” llamada también “Doctrina de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de la Infancia”. La misma manifiesta la ambición de la humanidad para mejorar la condición de la Niñez, mediante un esfuerzo articulado del mundo jurídico, políticas gubernamentales y los movimientos Sociales. Contiene 54 artículos en los que garantiza Derechos Sociales, económicos, civiles y políticos en base a cuatro pilares fundamentales como son: el derecho a la Supervivencia, Desarrollo, Protección y participación (Soto 96:104).²¹

²¹ MENDIZÁBAL OSES (1977), D´ Antonio Daniel (1986), Moura Rezende, Cillanueva Magdalena citados por Sajón (1995), Bluske de Ayala (1975) y otros critican la tesis de la Situación Irregular porque consideran que esta reducido el Derecho del niño a las situaciones de irregularidad, prevención y tratamiento

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

La Convención Internacional de los Derechos del Niño es considerado un hito en la historia de la condición jurídica de la infancia, rompe con la anterior doctrina y se convierte en un instrumento eficaz para la defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todo niño y adolescente, además se constituye en la fuente y mecanismo esencial de una nueva Doctrina: La protección integral ²².

Para Cillero **Brullon** (1998:69) la convención internacional de los derechos del niño establece que los derechos de la Infancia son complementarios y no sustitutivos de los mecanismos de protección de los derechos reconocidos a toda persona, es así que el análisis histórico rebela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general.

Con el termino de doctrina de la Protección integral se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresa un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia, tomando como antecedente directo la Declaración Universal de los Derechos del Niño, así mismo condensa esta doctrina cuatro instrumentos jurídicos básicos:²³

²² García, Convención Internacional de los Derechos del Niño es considerado un hito en la historia de la condición jurídica de la infancia 1994

²³ ÍDEM

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

De esta forma la doctrina de la protección integral basada en la Legislación Internacional se caracteriza por:

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

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

- Aspecto Jurídico: la Convención introduce la obligatoriedad de respeto a todos los principios jurídicos básicos, ausentes en las legislaciones minoristas Latinoamericanas basadas en la doctrina de la situación irregular del menor, considerando la transición de **menores** como objeto de compasión- represión, a la de infancia- adolescencia como sujeto pleno de derecho.
- Las políticas Gubernamentales, A partir de la percepción no eufemística del niño como sujetos de derechos , y la libertad de expresar libremente sus opiniones, replantean el concepto de políticas gubernamentales las que poseen el derecho de obligación de expandirse y profundizarse, en base al interés superior del niño, de esta forma se obliga a las autoridades gubernamentales aplicar políticas públicas con una verdadera articulación de esfuerzos entre el Estado y la Sociedad Civil, la misma que a través de la participación de la sociedad se constituye la verdadera síntesis de la concreción de derechos.
- Los organismos no gubernamentales: el carácter jurídico de la Convención Internacional pone en evidencia la relación entre la condición material de la infancia y la condición jurídica, por lo que la ley es demasiado importante como para que no sea preocupación y tarea del conjunto de la sociedad

Para **Lyotard**, citado por Sillero Brullon (1998), la convención de los Derechos del Niño, representa un consenso de diversas culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos como:²⁴

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

Con relación al tema de investigación la Convención representa un esquema de comprensión de la relación de un niño con el Estado y las políticas sociales; y además la Convención opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir de derechos y deberes recíprocos.²⁵

Frente a la concepción de niños como sujetos de derechos **el Estado se convierte en protector de personas con derechos**. En el viejo modelo se entendía que el Estado tutelaba a la persona de los niños y adolescentes, cuando sus padres no podían ejercer su tutela, de esa forma los niños no pasan de ser objeto de la voluntad de los padres o de los que representa al Estado, por eso los niños eran enviados a instituciones del Estado para que de esa forma se reemplace al padre o madre.

²⁴ SILLERO BRULLON (1998), la convención de los Derechos del Niño, representa un consenso de diversas culturas y sistemas jurídicos de la humanidad

²⁵ MENDIZÁBAL OSES (1977), D´ Antonio Daniel (1986), Moura Rezende, Cillanueva Magdalena citados por Sajón (1995), Bluske de Ayala (1975) y otros critican la tesis de la Situación Irregular porque consideran que esta reducido el Derecho del niño a las situaciones de irregularidad, prevención y tratamiento

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

De acuerdo a Edson Seda (1996:80) si bien a partir de la doctrina de la protección integral el garantizar los derechos se da a través del Estado que tiene el deber de dar cumplimiento a todos y cada uno de ellos, en caso de no garantizarlos y de producirse la amenaza o violación de los derechos existen dos consecuencias que debe asumir:

1ª El deber de cesar la amenaza o la violación

2ª El deber de reparar el daño eventualmente practicado.

Si bien en la vieja doctrina de la situación irregular, el deber del Estado se organizaba a través de estructuras **institucionalizadoras** para iniciar una acción sobre niños amenazados y violados en sus derechos, en aplicación de la nueva doctrina se debe organizar estructuras desburocratizadas que permitan hacer posible la protección integral a niños y adolescentes a través de la comunidad en que vive, y en el caso de amenaza o violación es hacia los derechos públicos que deben volverse las acciones, las mismas que deben evitar la pérdida de sus relaciones con sus responsables y de la misma forma evitar el alejamiento de su comunidad.

Según la UNICEF (1986) la protección institucional presenta características bien definidas y constatadas; alta costo per cápita, baja cobertura, estableciéndose una manifiesta discrepancia entre costo-

beneficio, por lo que sus programas tienden a sus movimientos de apertura institucional donde se recomienda aquellos niños que atraviesan por abandono, maltrato, peligro moral y orfandad debe ser atendidos mediante métodos alternativos con apoyo de la comunidad y solo someter a un proceso de internamiento aquellos que presenten graves problemas de conductas en grupos no mayores de treinta personas.²⁶

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

De acuerdo a **Edson Seda** (1996:88) frente a la convención internacional de los derechos del niño, el compromiso de los Estado es de crear servicios públicos, y paralelamente estructuras sociales con la finalidad de garantizar los derechos reconocidos como exigibles para los niños, lo que implica que las políticas publicas garantizara estos derechos, si la insatisfacción de los derechos se debe a que los servicios públicos no funcionan o funcionan mal, el que se encontraría en situación irregular seria el Estado.

De esta forma la convención internacional de los derechos el niño, re conceptualiza el rol de las políticas, en base al derecho que la modificación de las disposiciones legales referidas al “menores” no solo expresa un salto cualitativo en el contenido de las mismas si no la aplicación de derechos en forma igualitaria atraves de la institucionalización jurídica de políticas publicas orientadas al conjunto de la niñez y adolescencia, estableciendo una nueva relación entre la sociedad y el Estado y un nuevo rol para el individuo en la comunidad y su interacción en la sociedad, abandonando el paternalismo y fomentando la responsabilidad ciudadano, ya que no solo las personas deben ser objetos de políticas si no sujetos de reformas sociales para la aplicación de las mismas.

²⁶ FUENTE DE LA UNICEF; Versión google.

Para **Guillermo Dávalos** (1996) la política social dirigida a la infancia considera la participación y la integralidad pero más que componentes definen el carácter que ellas deben tener, y eso es posible si las acciones están orientadas a promover cambios la concepción y conducta estatal y social, que en el mejor de los casos considero al niño o adolescente objetivos de medidas judiciales o de políticas paternalistas, de ello se desprenderían que el estado, la comunidad y la familia se convertirían en un medio para priorizarla efectivización de los derechos de los niños promoviendo políticas de prevención y de atención.

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

- 1) **La participación** que debe ser considerado como el espacio de esfuerzos de las instituciones, familia y de la comunidad buscando el protagonismo de los propios niños y adolescentes como sujetos sociales con identidad y derecho propio.
- 2) **La integralidad:** porque los problemas sociales deben abarcarse desde la causa, forma y elementos consustanciales.

Por lo que la misma forma señala que incorporar estos conceptos en aplicación de políticas para la niñez y adolescencia lograrán que los niños y adolescentes sean reconocidos como sujetos sociales cuya participación sobre las decisiones de su vida presente y futura estén organizadas por el Estado y la sociedad, no solo por su condición peculiar de personas en etapa de desarrollo y por ser sujeto de derecho legítimo, si no por su contribución a desarrollo económico y social del país.

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

Según Miguel Sillero Brullon (1998:70) la base de la aplicación de la nueva normativa en el **interés superior de los niños**, el mismo que corte el riesgo de estar sujeto a múltiples interpretaciones, sea de carácter jurídico, psicosocial, sin embargo la interpretación de su contenido debe estar al margen de la discrecionalidad de las autoridades que debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia convención consagra, esta limitación tiene la finalidad de otorgar una amplia tutela de los derechos en un marco de seguridad jurídica.

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

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

El interés Superior del niño **es la plena satisfacción** de sus derechos, pues el contenido pasa estar mediado por lo "Declarado Derecho", de la misma forma todo lo "Declarado Derecho" puede ser "Interés Superior del

Niño” (Brullon, 1998:82). Por tanto, el ejercicio de la autoridad se orienta y limita a la efectivización de los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando la autonomía del ejercicio de los derechos del niño y su participación en todos los asuntos que le afecten.

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

Este principio se refleja también en la necesidad de que los niños privados temporalmente o permanentemente de su familia, reciban respuestas que privilegien soluciones de tipo familiar frente a soluciones de tipo institucional, es decir, que se trate de priorizar la inserción de los niños en familias y no insertarlos directamente en instituciones.

4. Influencia Jurídica de las Doctrinas sobre la Tutela del estado frente al Abandono

La protección jurídica es parte de la protección integral que debe dar el Estado a niñez y adolescencia (D´ Antonio, 1980). De esta forma el Estado, a través de la protección jurídica no solo regula los intereses de la población infante juvenil, sino que tutela el aspecto funcional de la convivencia natural o legal que se da entorno a la niñez y adolescencia, por lo que no se trata de un beneficio por parte del Estado sino una obligación ineludible de asegurar

en todo instante el cumplimiento de cuanto precisan los niños para desarrollarse integralmente.

Otro aspecto de la Tutela del Estado es que este tiene la ineludible responsabilidad de asegurar las condiciones necesarias para que las personas puedan concretar un desarrollo integral, todo elemento que entorpezca o cercene el proceso de ese desarrollo evolutivo constituye un absoluto, por el cual el Estado esta obligado a prestar el máximo de atención y esforzarse por lograr su remoción (D´ Antonio, 1986:299).

Ahora bien, dentro del sistema jurídico boliviano, la Constitución Política del Estado en su artículo 197.-, corresponde al titulo V “ Régimen Familiar”, consagra la protección que el Estado debe brindar en los siguientes términos:” El Estado protegerá la salud, física, mental y moral de la infancia, y defenderá los derechos del niño al hogar y a la educación. Un Código Especial regulará la protección del menor en armonía con la legislación general”.

De acuerdo a Isabel Peñaloza (1996:105), Eliana Roca (1996:86) y Sonia Soto (1996:96), se establece una relación cronológica entre la protección jurídica y el cumplimiento de los deberes del Estado a través de los órganos encargados por ley de la siguiente forma:

1929: La primera disposición que asume el Estado Boliviano en el gobierno de Hernando Siles es el D.S. de 2 de febrero que declara “Día del Niño”, dicho instrumento no tiene relevancia jurídica pues solo se considera como un día festivo y no existía un soporte institucional de protección.

1934: Después de la Guerra del Chaco la política estatal era compensatoria y asistencialista proporciona albergue, alimentación y educación a huérfanos de la guerra, los

gastos eran cubiertos por donaciones y desembolsos eventuales, la naturaleza de esta protección estatal se caracterizaba por la discriminación en las clases sociales, situación económica y origen racial, en ningún caso reconocía el derecho de las personas, la precariedad de soluciones se hacían extensivas a cuerpos jurídicos por que no existía un cuerpo legal normativo

Sin embargo, en este año se crea el 8 de marzo de 1934 el “Patronato Nacional de Huérfanos de la Guerra”, tres años después se crea el “Patronato Nacional de Menores”, con asiento en la ciudad de La Paz dependientes del Ministerio de Trabajo y Previsión Social; dicho patronato adopta medidas para proteger menores, mujeres embarazadas y abandonadas. Las medidas de protección aplicadas en esta etapa eran netamente de carácter caritativo por lo que el soporte institucional estaba constituido por voluntarios y religiosos.

1955 La promulgación de los “Derechos del Niño Boliviano” mediante el D.S. N° 4017 del 12 de Abril, convierte a la infancia, por primera vez, en sujeto de normas específicas de las cuales – posteriormente – se establecería un Código Especial, cuatro años antes que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobará un documento en este mismo sentido. Se crea la Sección Tutelar y Policial de Asistencia y Supervigilancia de Menores, la cual nunca funcionó por aspectos que se desconocen.

1966 El 1º de agosto de este año, se aprueba el primer Código del Menor en Bolivia a través del D.L. N° 07760; sus objetivos eran de encarar y resolver graves problemas de los niños y jóvenes que no tenían adecuada protección

legal, este cuerpo normativo debía ser aplicado a todos los menores del país desarrollando ampliamente los derechos de la niñez y adolescencia, sin embargo los sujetos beneficiarios eran discriminados debido a su situación socioeconómica, materializando la Doctrina de la Situación Irregular. La ejecución de las políticas de protección estaban a cargo de CONAME, concebido como un “ente autárquico, responsable e idóneo con capacidad para planificar, ejecutar y administrar los programas asistenciales con un criterio técnico, a través de servicios médicos, pedagógicos y sociales bien montados”.

1975: El 30 de mayo de ese año se promulga el segundo Código del Menor a través del D.L. N° 2538, que resume los derechos de la Niñez a un solo artículo y orientado con una fuerte tendencia institucional. Frente a la problemática de la niñez se responde con la creación de hogares por categoría. Resalta también las facultades del Tribunal Tutelar del Menor sobre la protección del menor con tendencia Institucionalizadora facultado por el mismo Código; la aplicación de sus políticas de Protección se realizaba por medio de la Dirección Nacional del Menor (DINAME) y en forma regional, por la Dirección Regional del Menor (DIRME). Por lo que se observa características de la Situación Irregular.

1992: La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 20 de Noviembre de 1989, ratifica por Bolivia el 14 de mayo de 1990 mediante Ley N° 1152, comprometió a los signatarios a promulgar y proyectar disposiciones legales que expresen los derechos del Niño superando la Doctrina de la Situación Irregular. El 18 de Diciembre de 1992, mediante Ley N° 1403, se promulga el tercer

Código del Menor inspirado en la convención y se establece los principios de la Doctrina de la Protección Integral que consagra los derechos civiles, políticos, culturales y económicos, revaloriza la función de los jueces, aunque mantiene algunos de resabios de la situación irregular, como son el nombre de menor así como un listado de especificaciones de problemáticas de niños que se los considera como en riesgo.

Dentro de las medidas de protección social se da preferencia a aquellas que propendan el fortalecimiento de vínculos familiares como comunitarios, revalorizando la función del juez en la aplicación de estas medidas dentro de las cuales se considera la derivación de programas de ayuda a la familia y al menor, la colaboración en hogares sustitutos, así como definir en último recurso el uso de la institucionalización.

El mismo código establece que las instituciones de atención son responsables por el mantenimiento de sus propias unidades, así como la planificación y ejecución de programas socio educativos de prevención, protección y desarrollo; de la misma forma estos programas pueden desenvolverse en acciones de apoyo familiar, apoyo socio educativo en medio abierto, acogimiento en hogares, colocación familiar, internación y libertad asistida. De todos ellos, el Código regula en forma más específica los programas de acogimiento estableciendo principios como ser: la prevención de vínculos familiares, integración en familia sustituta - cuando se agotan todos los medios de manutención de la familia de origen -, atención personalizada y en pequeños grupos, desarrollo de

actividades en régimen de coeducación, no desmembramiento de grupos de hermanos, evitar siempre que sea posible la transferencia constante a otras entidades.

Además deben ofrecer vestimenta, objetos para su higiene, cuidados médicos, psicológicos, odontológicos, así como propiciar la escolarización y la profesionalización, mantener un programa de apoyo y acompañamiento a los egresados.

El soporte institucional se constituye a través del Organismo Nacional del Menor la mujer y la Familia (ONANFA), la principal característica es que en un mismo órgano se encuentra la facultad de fiscalizar, normar y supervisar las políticas dirigidas al menor, a la mujer y a la familia: Pese a que la legislación esta orientada por la Doctrina de la Proyección Integral este órgano rector se caracteriza por dar una forma de tratamiento, a la problemática de la niñez, de manera institucionalizada

1995: En BASE A LANORMATIVA DEL Código del Menor de 1992, que regula en forma específica todos los derechos y producidos los cambios estructurales dentro del país, desaparece ONANFA Y SUGE EL Servicio Nacional de Asistencia Sociales (SENASS) asumiendo el patrimonio y la competencia para aplicar políticas de Atención a la población en estadio de riesgo o estado de desamparo social.

1999: La aprobación del Código del Niño, Nina y Adolescente especializa la normativa vigente en el país basada en la Doctrina de la Protección Integral. Subsana aquellas

omisiones del anterior Código que mantenían resabios de la doctrina de la Situación Irregular como son: la denominación del Código del “Menor”, se subsana la falta de garantías constitucionales para el ejercicio de sus derechos, la edad no es considerada en forma global, sino, debido a aspectos de desarrollo físico, social y psicológico. de la misma forma se introduce modificaciones a la familia sustituta de la adopción, Guarda y Tenencia; en el trabajo infantil respecto de la edad, el soporte institucional y la competencia de los jueces.

La aplicación de las políticas de atención están relacionada al instrumento jurídico de la época; es evidente que la condición jurídica de la niñez y adolescencia y la efectivización de sus derechos están ligados al tipo de protección. Si bien la protección durante las primeras etapas era caritativa, con la codificación de los derechos de la niñez y adolescencia surge la protección gubernamental que persiste con la medida proteccional de la institucionalización, medida peculiar de la doctrina de la situación irregular que se mantiene durante la vigencia de la doctrina de la Protección Integral, lo que permite establecer que si bien la norma se va perfeccionando el tipo de protección a través de políticas estatales se da una forma tradicional.

Sin embargo, el aspecto más importante de los últimos Códigos es que se ven influenciados por la Doctrina de la Protección Integral que reconoce el ejercicio de los derechos de los niños, considerando el deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y el Estado asegurar al menor, con absoluta prioridad, el ejercicio y el respeto de sus derechos referentes a la vida, a la salud, a la identidad y nacionalidad, a la alimentación, a la educación, a la dignidad, al respeto, a la libertad, a la recreación, a la protección en el trabajo, a la convivencia familiar y comunitaria. Asimismo ponerle a salvo de todo riesgo físico, social, moral y psicológico por causa de

negligencia de acción u omisión, discriminación, explotación, violencia, crueldad, opresión y agresión.

De la misma forma, se reconoce el derecho a la protección y la prioridad de atención por autoridades judiciales y/o administrativas públicas y privadas, con preferencia en la formulación y ejecución de políticas sociales y económicas. Asimismo, el privilegio en la asignación de recursos públicos a las áreas relacionadas con el desarrollo integral del niño o adolescente, para todo ello se crean más instancias que permiten garantizar y asegurar el ejercicio de sus derechos.

CAPÍTULO II

VENTAJAS Y DESVENTAJAS EN SU APLICACIÓN DE LAS FIGURAS DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN Y LA GUARDA COMO MEDIDAS TUTELARES.

1. LA TUTELA DEL ESTADO FRENTE AL ABANDONO DE LA NIÑEZ

En sentido genérico la Tutela “Es toda suerte de protección, ampara, defensa, custodia o cuidado y dirección de personas o intereses” ²⁷

Según Sonia Soto (1996:33), existen los siguientes tipos de Tutela los mismos que son recogidas por la legislación familiar:

1.1. Tutela Testamentaria.

Es la que el padre póstumo, a través de testamento, señala la persona tutor del hijo; la legislación boliviana reconoce este tipo de designación es el artículo 290.- del Código de Familia.

1.2. Tutela voluntaria o Volitiva

Es la ejercida por cualquier miembro de la Familia ampliada o entorno familiar.

Considerada por **D^o Antonio Daniel** (1986:247) como tutela legítima, pues la ley confiere a determinados parientes la tutela basándose en la proximidad del vínculo, circunstancia que permite suponer una mayor idoneidad. De igual forma, este tipo de Tutela es considerada dentro de la legislación boliviana entre ascendientes paternos o maternos y parientes colaterales de acuerdo al interés del niño en el artículo 291.- del Código de Familia.

²⁷ Cabanellas, 1979:559

1.3. Tutela Dativa,

Como función de interés público ejercida por personas que elige el Juez de la que nadie puede eximirse sino por causa legítima. D' Antonio Daniel 81986:248) señala que procede cuando no existe designación del tutor ni por testamento ni parientes llamados por ley. Dentro de la legislación boliviana el artículo 292.- del Código de Familia reconoce a un tercero allegado, un amigo de la persona o de la familia, según el interés del niño; por otra parte, contempla la naturaleza y obligatoriedad de este cargo estableciendo a través del artículo 247.- del Código de Familia que nadie puede ser dispensado de él sino por causa establecida por ley.

1.4. Tutela Superior,

Que es la función pública ejercida por el Estado para el cuidado, defensa y protección de niños, niñas y jóvenes que no se encuentren sujetos a tutela Paterna-Materna ni a tutela ordinaria.

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

2. Tutela Ordinaria como Medida de Protección Familiar Frente al Abandono

La Tutela es una Institución del Derecho de la Niñez que tiene por finalidad dotar de un responsable investido de representatividad a un niño no sujeto a patria potestad (D' Antonio, 1986:241).

Planiol y Ripert establecen que la Tutela es “la función jurídica confiada a una persona capaz asignada al cuidado de la persona de un incapaz y a la administración de sus bienes”²⁸.

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

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

3. Tutela Superior o Tutela del Estado frente al Abandono

Cafferata sostiene que la Tutela Superior es la función proteccional que asume el Estado, respecto a los niños que no reciben la educación y el cuidado a que tienen derecho para lograr el desarrollo integral de su persona ya que carecen de padres o tutores; porque estos están imposibilitados de cumplir con la trascendental misión; porque los han abandonado; puesto en situación de peligro material o moral u observan una conducta que lejos de favorecer su formación le ponen en peligro (D´ Antonio 1986:301).²⁹

²⁸ Morales Guillen, Código de Familia; Concordado y Comentado; 1990:670

²⁹ Idem

Para **Zannoni**, la Tutela del Estado es la función que incumbe al Estado de ejercer directamente los poderes jurídicos necesarios para asumir la asistencia, educación, guarda y representación jurídica de los niños que carecen de representantes legales o que aún teniéndolos, se halla en situación de peligro (D´ Antonio, 1986:301).

De las definiciones se establece que la Tutela del Estado es:

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

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

CUADRO Nº 1 CONCEPTO DE TUTELA DEL ESTADO

DISPOSICION LEGAL	CONCEPTO DE TUTELA DEL ESTADO
1966 Codigo del Menor	El Estado ejerce la Tutela de huérfanos y abandonados por medio de Consejo Nacional del Menor (CONAME), es delegable.
1975 Codigo del Menor	El Estado ejerce la Tutela de los menores abandonados y huérfanos absolutos por intermedio de la Dirección Regional del Menor (DIRME), es indelegable y se sujeta a las disposiciones del Codigo de Familia salvo de ofrecer fianza por la administración de los bienes.
	Es la que ejerce exclusivamente el Estado en relación a menores no

1992 Codigo del Menor	sujetos a Tutela Ordinaria y que se encuentren en situación de riesgo, es indelegable y se ejerce por medio del Organismo Nacional (ONANFA) con sujeción al Código de Familia.
1999 Código del Niño Niña y Adolescente	Dentro de sus disposiciones hace una distinción entre tutela ordinaria y tutela superior. La Tutela Superior señala que es deber del Estado ejercer la Tutela para asumir la asistencia, educación, guarda y representación jurídica de los niños, niñas y adolescentes huérfanos, carentes de la autoridad de los padres y que no estén sujetos a tutela ordinaria, es indelegable y se ejerce por la instancia técnica especializada. Con sujeción al Código de Familia salvo de ofrecer fianza por la administración de los bienes

Fuente: Legislación Nacional. Elaboración propia³⁰

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

3.1 Tutela Superior como Medio de Protección Institucionalizador bajo la Influencia de la Doctrina de la Situación Irregular

Hasta la década de los años 80 imperó en América Latina la doctrina de la Situación Irregular aplicada a la problemática de la infancia y adolescencia. Esta doctrina parte de que el problema **está en el niño adolescente**, no en su familia, ni en la sociedad y las relaciones que se dan en la misma (Roca, 1996).³¹

Si bien el término menor jurídicamente significa persona que no ha llegado a la mayoría de edad, en la práctica este término estaba

³⁰ Fuente Propia

³¹ Roca; Protección Institucionalizador bajo la Influencia de la Doctrina de la Situación Irregular: 1996.

cargado de un contenido estigmatizante, ya que significaba abandonado, egresado de un reformatorio u orfanato, infractor, delincuente.

La expresión **menor en situación irregular**, según **Sajón** (1995:61-62), comprende las seis hipótesis siguientes:

1. Menores privados de condiciones esenciales para su subsistencia salud e instrucción obligatoria, como consecuencia de faltas, manifiesta imposibilidad para proveerlas u omisión de los padres o responsables.
2. Víctima de malos tratos o castigos inmoderados impuestos por los padres o responsables.
3. En peligro moral o por encontrarse en ambientes contrarios a las buenas costumbres o si fuesen explotados por terceros en actividades contrarias a las buenas costumbres.
4. Privados de representación legal por la falta eventual de los padres o responsables.
5. Por desvío de conducta como consecuencia de grave inadaptación familiar o comunitaria.
6. Autores de infracción Penal.

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

De acuerdo a Eliana Roca (1996:85), Guillermo Dávalos (1994:41), Emilio García Méndez (1994:21) y Edsòn Seda (1996:60) la esencia de esta doctrina se encuentra en los siguientes aspectos:

- a) Se presupone la existencia de una división al interior de la categoría infancia: Niños y adolescentes con necesidades básicas total o parcialmente insatisfechas. En consecuencia las leyes son exclusivamente de y para menores, que comúnmente son aquellos excluidos de la escuela, la familia, la salud, etc.
- b) Practicas sistemáticas de **compasión-represión** despojadas de cualquier tipo de garantía disponen las tempranas declaraciones de estado de abandono hasta la institucionalización coactiva, es decir, el poder de decisión en la figura del juez de menores es discrecional.
- c) Se construye una instancia específica de control y socialización: Tribunales de Menores.
- d) Se **criminaliza la pobreza**, partiendo del supuesto que debido al abandono y la condición socio económica llegarían a ser individuos peligrosos, malos é irregulares, por lo que se los debe establecer para que no dañen a la sociedad, disponiendo internaciones que constituyen plena privación de libertad.
- e) Construcción sistemática de una semántica eufemística que condiciona el funcionamiento del sistema a la no verificación real

de sus consecuencias. Ejemplo: "En América Latina existen fabulosas legislaciones pero no se aplican"³².

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

El carácter antijurídico de las legislaciones minoristas de la Doctrina de la Situación Irregular, se basa en tres corrientes de naturaleza diversa, las mismas que tienden como característica de la disposición del **menor** a través de la aplicación de un sistema de protección vía judicial, gubernamental y no gubernamental:³³

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

³² EUFEMISMO; Delicadeza o intención al expresarse; para referirse con decoro a hechos o dichos crudos, resbaladizos, malsonantes, deprimentes, ofensivos o muy desfavorables (Diccionario Enciclopédico de derecho Usual, Cabanellas; Editorial Heliasta, 1979, Pág. 254).

³³ García Méndez, 1994; 44

La instancia administrativo-ejecutivo, marca su actitud institucional a partir de los años 50 desde la transferencia de instituciones asistencialistas a carga de la iglesia a manos de la esfera pública estatal, sosteniendo prácticas que mantienen el status que o jurídico de la niñez, convirtiendo en menor a todo niño sujeto de su protección y de una subestimación del vínculo entre la condición material y jurídico de la infancia.

- **El basismo de la atención directa.** La atención típica de algunos organismos no gubernamentales que trabajan de forma directa con la infancia, sobre todo con aquella en mayor situación de riesgo, ignorando la importancia de la ley como instrumento esencial para la reproducción de menores experiencias concretas para trabajo directo con niños.

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

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

CAPÍTULO IV

INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS VIGENTES EN CUANTO A LA APLICACIÓN DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN RESPECTO DE LA GUARDA.

1. La Institucionalización como Medio de Protección al Niño Abandonado

La ausencia de los padres o de los sustitutos es una vivencia dolorosa para el niño por que implica una pérdida de la relación afectiva con las primeras y más significativas personas en su vida. Este vacío profundiza heridas de la efectividad, la falta de satisfacción de la necesidad de amor y sella negativamente la vida de los niños y será causa de muchas malas actitudes y comportamientos posteriores ³⁴.

El abandono, psicológicamente refiere, a la inexistencia del vínculo afectivo la negación del amor, representando para el niño una agresión en todas las aéreas de su desarrollo³⁵.

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

Sin embargo, las respuestas que muchas sociedades dan-independientemente de su grado de desarrollo-al problema del abandono es la institucionalización en centros de protección, es decir el internamiento de niños y jóvenes (Espert, 1989). Para la UNICEF (1991:34), esta respuesta

³⁴ PEREIRA, Institucionalización como Medio de Protección al Niño Abandonado 1991:28

³⁵ ACOSTA, Institucionalización como Medio de Protección al Niño Abandonado 1995:59

fue y sigue siendo, con pequeñas variantes, un mecanismo de tratamiento en la sumisión o normas como fin y no un proceso de socialización adecuado.

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

De acuerdo a estudios realizados por María Nieves Pereira (1991:50), en la evolución posterior al internamiento de niños en instituciones, estas no se desprenden de su carácter artificial puesto que produce los siguientes efectos:³⁶

- 1. Exceso de adaptación,** el niño debe adaptarse también a la vida dirigida y a las condiciones de existencia institucional que las iniciativas y responsabilidades pertenecen a una persona, en un ambiente cerrado y hecho a medida.
- 2. Inadaptación a antiguos ambientes,** el niño no se adapta a ambientes como son la familia el barrio pues son frágiles en su nueva libertad, de ahí que encontrando todo hecho y resuelto, el niño adquiere el hábito de pedir sin dar, eliminando en sí la vivencia del esfuerzo propio y por lo tanto la valoración de lo conseguido.
- 3. Masificación,** el niño deja de ser un concepto para convertirse en un número, por lo que actúa sin sentirse llamado a una responsabilidad particular. En la institución el binomio autoridad-amor de la familia pasa a ser autoridad-orden; las relaciones con los hermanos dejan lugar a los compañeros y el hogar sustituye por la disciplina.

³⁶ MARÍA NIEVES PEREIRA (1991:50), en la evolución posterior al internamiento de niños en instituciones

Según **Goffma** (1991:78), cuando un niño ingresa a un hogar debe renunciar a su historia, a su forma de hablar, su cultura, su rutina de actividades en pocas palabras se despoja del concepto de si mismo

De acuerdo a la institución infante (1988-1996) los efectos que produce la institucionalización trascienden el ámbito psicológico, para mostrar otros efectos en la sociedad expresando en el modelo autoritario, que ocasiona actitudes de su misión ante los mas fuertes y de dominación ante los mas débiles, y reproducen a futuro modelos de familias incapaces de sostener a sus hijos y facilitar su formación como sujetos propositivos.

La institucionalización por los efectos colaterales que impiden una solución de fondo y que además afecta la relación del niño con la sociedad en general y tiende a repetir la situación de abandono, dando lugar al clientelismo institucional y al asistencialismo (UNICEF 1999)

- a) **Clientelismo Institucional;** significa que las instituciones crean usuarios de su propio sistema, niños que han sido atendidos en una casa cuna pasan a un hogar infantil, luego a un hogar juvenil y finalmente a un centro de rehabilitación o a la cárcel.

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

CAPÍTULO V

LEGISLACIÓN COMPARADA RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA GUARDA Y DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN.

El presente capítulo contiene tanto los principios internacionales como la Convención Internacional de los Derechos del Niño que establecen las alternativas preferentes que los Estados deben asumir al momento de producirse el abandono, lo que permitió conocer las bases legítimas de protección a la niñez y adolescencia

1.1.- Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la Protección y Bienestar de los niños con particular referencia a la Adopción y la colocación en Hogares de guarda, en los Planos Nacionales e internacionales.

Aprobada el 3 de Diciembre de 1986, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece que los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño, para su cuidado establece lo siguiente.

En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser consideradas fundamentalmente. Cuando los propios padres del niño no pueden ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustituta-adoptiva o de Guarda, o en caso necesario, una institución apropiada.

Respecto de la Guarda como familia sustituta señala, Pese a que la colocación de niños en Hogares de Guarda tiene carácter temporal, puede continuar, de ser necesario, hasta la edad adulta, pero no deben excluir la posibilidad de restitución a la propia familia ni de adopción antes de ese momento. En todas las cuestiones relativas a la colocación de los niños en hogares de Guarda deberá tener participación adecuada la futura familia de

guarda y según proceda, el niño y sus propias costumbres. La colocación en hogares de guarda debe reglamentarse por ley, así como las facultades de las autoridades u oficina competente que se hará cargo de la supervisión para velar por el bienestar del niño.

2. Convención Internacional sobre los derechos del Niño.

Aprobada el 11 de Noviembre de 1989, asigna una importancia particular al tema de la familia y lo hace fundamentalmente como el derecho fundamental de los niños a la convivencia familiar y comunitaria, todo ello con el fin de garantizar la identidad del niño.

Respecto de *la familia sustituta*, la Convención como ordenador de la relación entre las relaciones familiares y estatales respecto del niño, reconoce los siguientes aspectos:

- El derecho a la familia y a su convivencia.
- La obligación del Estado de proteger a niños que se encuentren confrontando abandono.
- Reconoce las alternativas de familias Sustitutas.
- Da un orden de preferencia en la aplicación de las familias sustitutas en la que se encuentra la guarda como primera opción y la institucionalización como última.

De esta forma frente a las circunstancias que condicionan al niño en un estado de abandono ya sea por incumplimiento en el orden afectivo, económico y asistencial por parte de padres, tutores o guardadores la Convención refiere lo siguiente:

1.- Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio tendría derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2.- Los Estados Partes garantizaran, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños.

3.- Entre esos cuidados figuran entre otras cosas: La colocación en hogares de guarda, la kafala del Derecho Islámico, la adopción.

4.- De ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

Al considerar las soluciones se deberá prestar particular atención de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

3.- Legislación Comparada sobre Guarda como Familia Sustituta.

El desarrollo de la legislación comparada se estableció a partir del Análisis Crítico del Panorama Legislativo en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1998).

Si bien cada país tiene su propio ordenamiento jurídico, con características propias y peculiares inherentes a su realidad e idiosincrasia, se han tomado siete legislaciones con el objeto de analizar sus diferencias, semejanzas y efectivización respecto de la Guarda como familia sustituta como medida de protección respecto de la institucionalización.

Se tomó en cuenta las siguientes categorías de análisis de las distintas legislaciones:

- El tipo de instrumento que regula la protección de la niñez.
- Bajo que doctrina se ve influenciado el instrumento legal.
- La medida de protección preferente a adoptar frente al abandono.
- Cuales son las características de la Guarda como familia sustituta (Sujeto Beneficiado, Plazo, Subsidio, Órgano encargado de su ejecución).
- Y la aplicación de la Institucionalización

4. Brasil. Estatuto del Niño y del Adolescente 1990.

Edson Seda (1998:127); señala que el derecho a una familia sustituta existe para asegurar la convivencia comunitaria al niño que no tiene familia o cuya familia menaza o viola sus demás derechos fundamentales, ejercer este derecho evita que se excluya de la convivencia social por lo que evitan la institucionalización.

Establecen que estos programas deben ser organizados y registrados en los municipios y para evitar la, judicialización debe ser organizado por el organismo correspondiente sólo se comunica al Juez para que tenga conocimiento.

La efectivización es a través de programas los cuales están encargados de capacitar a los candidatos a Guardadores en los aspectos, pedagógicos, psicológicos y jurídicos, para que las peticiones sean llevadas al juez conforme el artículo. 148 párrafo único.

Respecto de la Guarda dentro de sus artículos 33 al 35 del Estatuto:

- Se confiere a terceros, con derecho a oposición a los padres, es de carácter transitorio, se otorga independientemente de su condición de orfandad o de abandono, el Estado ofrece subsidios para las familias bajo el programa de acogimiento el cual es establecido por el Juez de la Niñez, es revocable y considera como último recurso a la institucionalización³⁷.

El interés superior es reconocido en su artículo 6, el cual señala que en la interpretación de la ley se tendrá en cuenta la persona del niño y del adolescente como personas en desarrollo.

³⁷ GACETA JURÍDICA; **Brasil**. Estatuto del Niño y del Adolescente 1990

Dentro de las medidas específicas de protección señala al artículo 100 estableciendo la preferencia de aquellas que tiendan al fortalecimiento de vínculos familiares y comunitarios.

5. Colombia. Código del Menor. 1989

Carlos **Enrique Tejeiro Lopez**(1998:273); establece que el derecho a una familia de un niño se lo entiende como una corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado, a través de los conceptos de interacción y cooperación. Sirve de medio para aplicar a la institucionalización como último recurso.

Dentro de su normativa sus artículos 73 al 81:

- No se señala expresamente a la Guarda sino como colocación familiar pero con todas las características, se ejerce dentro del territorio, plazo determinado de 180 días, para niños en situación de abandono o peligro, es otorgada por el defensor de la familia, otorga una instancia especializada, y considera a la institucionalización como último recurso.³⁸

Lo resaltante dentro de esta legislación es que establece un subsidio para el menor sin derecho a reclamar remuneración por el responsable el cual es fijado por el Juez, establece las obligaciones de las personas responsables.

El artículo 131 señala dentro de las medidas de protección aquellas que apoyen a la familia para la atención integral del niño o adolescente que se encuentre en estado de abandono o víctima de negligencia y la aplicación del acogimiento institucional solo frente a la infracción de normas sin considerar privación de libertad.

³⁸ GACETA JURÍDICA; Colombia. Código del Menor. 1989

6. Ecuador. Código de Menores. 1992

Fernando Sanchez Cobo, Manuel Martínez Gonzalez, Berenice Cordero, Farith Simons (1998:477); señalan que este Código se ha inspirado en la Convención de los Derechos del Niño introduce la necesidad de priorizar las opciones de carácter familiar para niños privados de su medio familiar temporal o definitivamente, frente a la institucionalización, por lo que se fortaleció la colocación familiar y se mejoro la Adopción nacional e internacional.³⁹

Dentro sus artículos 91 al 102 establece la familia sustituta como medida tutelar transitoria:

- Su designación es de Colocación Familiar, los responsables pueden ser matrimonios, uniones de hecho y personas naturales, señala que es preferible la colocación familiar frente a la institucionalización, el niño puede ser declarado en Estado de Abandono total o parcialmente, puede ser remunerada o no, y en el caso debe ser otorgada en principio por los padres y subsidiariamente por el Estado, respecto de los programas la dirección encargada de la protección de los menores se encargara de capacitar, seleccionar y supervisar alas familias que participan, no existe un plazo pero si se establece la periodicidad de valoración de la medida.

Señala en su artículo 6 que todas las medidas concernientes a niños y adolescentes debe considerar y atender primordialmente su interés superior y el respeto a sus derechos.

³⁹ GACETA JURÍDICA; Código de Menores. 1992

7. Bolivia: Código del Niño, Niña y Adolescente.

El interés superior del niño es considerado expresamente dentro del artículo 6 señalando que toda norma debe interpretarse en razón de este principio y en armonía con toda la legislación.⁴⁰

Dentro del mismo Código el artículo 211 señala que las medidas de protección deben aplicar preferentemente aquellas que fortalezcan los vínculos familiares y sociales, rescatando íntegramente la esencia del artículo 179 del Código Abrogado.

Si bien la investigación se inicio durante la vigencia del Código del Menor de 1992 el cual regulaba en su artículo 48 la Guarda a favor de un tercero estableciendo en su Decreto Reglamentario que previamente el menor debía ser declarado en estado de abandono, frente a ello el nuevo Código del Niño, Niña y Adolescente regula en el artículo 42 de una forma mas amplia considerando su delegación a uno de los padres en casos de divorcio, as} como la Guarda legal a favor de terceras personas carentes de autoridad paternal y supera aun mas al anterior Código al no establecer un plazo para su ejercicio, sino, un plazo para la fiscalización de esta media de protección.

La Institucionalización fue considerada expresamente en la legislación de 1992 en su artículo 40 como último recurso, en la legislación vigente se establece que es a medida excepcional y introduciendo que su aplicación debe ser de carácter transitorio.

En resumen, a lo largo de este capítulo se establece que la mayoría de los países compila los derechos de la niñez a través de un Código, de la misma forma la normativa de cada uno de ellos esta orientada por la Doctrina de la Protección Integral.

⁴⁰ GACETA OFICIAL DE BOLIVIA; Código Niño, niña y adolescente. Ley 2026

Respecto de las medidas de protección que deben ser aplicadas, las legislaciones coinciden en considerar el interés superior del niño como principio y medio para garantizar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como considerarlo como un orientador para que las decisiones que se adopten consagren los derechos que ostentan.

En cuanto a la definición de la guarda, no existe una similitud, pero todas contienen los rasgos propios de la institución, como que es de carácter protector, transitoria, se otorga a terceros e incluso a los padres en caso de desvinculación familiar y que se establece la obligación de brindar la asistencia integral. Esta figura puede ser aplicada independientemente del estado en se encuentren los niños, en su mayoría, los países no establecen requisitos para su procedencia como que sea previamente declarado en estado de abandono, salvo uno de los países que establece que estén declarados en estado de abandono parcial o totalmente, sin embargo en aplicación de la legislación nacional del año 1992, contemporánea a las demás legislaciones analizadas consideraba como requisito de procedencia en una forma discriminatoria se aplique a niños exclusivamente declarados en estado de abandono.

La mayoría no establece un tiempo o plazo para su ejercicio, pero sí señalan el seguimiento y evaluación para que cumplan los fines tutelares propios de la institución y establecen como medio de seguridad la revocación si no cumple su finalidad.

CAPÍTULO VI

FORMA EN QUE SE EJERCE LA TUTELA DEL ESTADO RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN COMO ÚLTIMO RECURSO Y LA GUARDA COMO FAMILIA SUSTITUTA EN LA CIUDAD DE LA PAZ

1.- LA GUARDA COMO UNA ALTERNATIVA AL ABANDONO

La familia es, de forma genérica, un núcleo más o menos reducido de personas. Basado en el afecto o en necesidades primarias que convive a ha convivido íntimamente y que posee cierta conciencia de unidad. Además de constituirse en la celular biológica y social de la humanidad (Cabanellas, 1979:331).

Para el antropólogo Murdock (1993:190) entre las funciones más destacadas que le corresponde cumplir a la familia, están la reproducción cotidiana y reproducción generacional de los miembros de la sociedad. La primera de estas funciones se refiere al conjunto de procesos (alimentación, salud, descanso), por los cuales todos los individuos reponen diariamente su existencia y capacidad de trabajo. La reproducción general incluye procesos tales como, nacimientos, socialización y reproducción, mediante los cuales las sociedades reponen a su población.

A partir de una visión jurídica-sociológica, las autoras Nidia Elinor Bisig y María Inés Laje (1993:155), señala que “la familia esta reconocida como el núcleo generador transmisor de los valores, normas y actitudes que orientan la conducta individual y colectiva de los miembros de una sociedad y como institución mediadora entre el individuo y el grupo social”.

La familia, según los conceptos expuestos, permite el desarrollo integral de todos los miembros que la componen, a través de la relación que

se desarrolla entre padres e hijos, basada en el afecto, la fraternidad y la convivencia en un proyecto conjunto de vida.

La familia, independientemente de su composición y desde tiempos inmemorables, ha sido la célula básica y vital de la sociedad, matriz de la identidad y desarrollo de las personas que la componen. Esta institución social lleva a cabo las siguientes funciones:

- Socialización de sus miembros

- Educación de los mismos

- Estructura de un sistema de valores que no solo transmite cultura, sino que valora lo que transmite; dando como resultado la formación de los valores respecto de actividades personales como la conducta social de sus integrantes.

- Y sobre todo, la protección no solo social sino afectiva de cada uno de sus componentes mediante la relación que se desarrolla entre padres e hijos, basada en el afecto, la orientación y la convivencia fraternal, haciendo claro un proyecto de vida y formación íntegra de cada uno.

En este sentido la valoración de la familia tiene distintos énfasis. Ya sea relevando que el niño, por razones biológicas, no puede valerse por sí mismo en las primeras etapas de su vida, o por el importante rol que se le asigna a la familia para el desarrollo afectivo de sus miembros, o por el sentido de pertenencia e identidad que se genera en su seno

2.- La Familia Sustituta y su Naturaleza

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

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

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

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

Según Jorge Alcides Uriarte (1991:358) bajo la protección de niños pueden agruparse instituciones familiares y cuasifamiliares, que ostentan el carácter común de haber sido creadas para la satisfacción del niño y que persiguen la inserción de este en un medio familiar; dentro de estas instituciones se encuentran la Adopción, la Guarda, la Tutela y el Acogimiento de Niños.

Para Mendizábal Osses (1979) el abandono, determina por si mismo los efectos tutelares, imponiendo la intervención del otro progenitor o de terceros y siempre la función estatal subsidiaria o eventualmente directa, generando la aplicación de instituciones jurídicas a fin de evitar o atenuar los resultados distorsionantes de la personalidad del niño, la satisfacción de sus necesidades debe producirse en un ambiente idóneo como es la familia, únicamente así podrá superar los efectos destructivos del abandono y

demás consagrar el “ Principio de Igualdad de Oportunidades” en relación a niños que son aceptados por sus padres así como aquellos que no lo son.

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

La familia es una institución de carácter público, con carácter universal que pretende asegurar a la niñez y adolescencia la satisfacción de sus necesidades subjetivas a través de la propia familia o mediante la educación, en su defecto, de medios sustitutos, aun cuando la carga de dar cumplida satisfacción a tales necesidades incumbe primaria y esencialmente a los padres, la sociedad, y subsidiariamente al Estado (Mendizábal, 1975:219). Por lo que la familia sustituta, como medio de protección, significa un giro de la orientación tradicional que implica un esfuerzo para configurar el **Principio de la Igualdad**; se trata entonces de una inclinación en la evolución de la familia, no de una institución natural, sino, legal y de carácter tutelar que se encuentra bajo la garantía del estado por lo que debe cumplirse tal como lo norma lo regula.

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

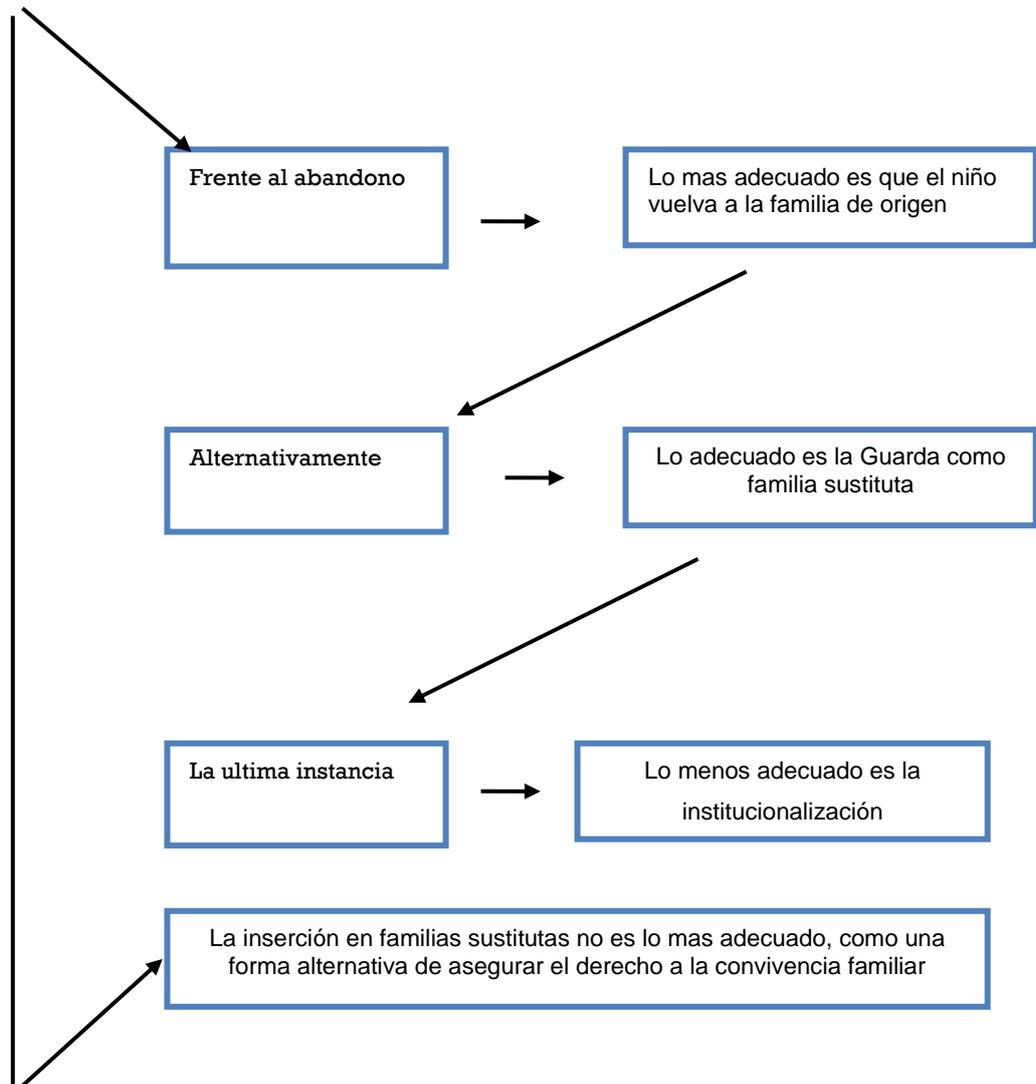
La seguridad que puede ofrecer a un niño la familia debe basarse en el amor, la aceptación y la estabilidad, así la familia sustituta cobra su verdadera identidad al acoger y proteger a un niño para su desarrollo, la misma llegaría a ser el espacio vital y real de donde el niño compensa satisfactoriamente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

Según Guillermo Dávalos (1997) la familia no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para el desarrollo de los miembros que la componen.

Aplicando el criterio de la protección integral se puede establecer que la familia sustituta es considerada como una organización social que representa un sistema activo de vivir y desarrollarse entre personas de distinta madurez física y mental, con la finalidad de asegurar de forma integral y armónica el desarrollo evolutivo de los niños y adolescentes, para que los mismos puedan desarrollarse en forma saludable y normal así como en condiciones de libertad y dignidad.

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

SOLUCIÓN AL ABANDONO



Fuente: Elaboración Propia⁴¹

Según las conclusiones del Seminario sobre Derechos a la Familia y la Convivencia Comunitaria (1996), cuando no puede un niño formarse en su familia de origen la única forma de restituirle el derecho fundamental a la vida familiar y convivencia comunitaria es a través de

⁴¹ FUENTE PROPIA

las diversas formas de familia sustituta, para lo cual deben primar los siguientes principios consagrados en el artículo 21 de la Convención:

La colocación de un niño en una familia sustituta debe ser el último recurso. Se debe dar preferencia, en caso de niños necesariamente apartados de sus padres biológicos, a soluciones dentro de la familia extensa o de la comunidad donde vive el niño en relación a medidas de carácter institucional.

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

- **La Guarda como Familia Sustituta Provisional Frente a Abandono**

Sin bien se considera a la familia como un medio, esta frente al abandono se convierte como un medio de protección, dentro de ellas existen aquellas de carácter definitivo (adopción) y aquellas de carácter provisional (guarda) por lo que se tiene:

CUADRO Nº2 FUNCION DE LA FAMILIA SUSTITUTA

FUNCIONES	PATERNIDAD NATURAL	ADOPCION	GUARDA
Gestación	*		
Identidad Social	*	*	
Educación y Normas Sociales	*	*	*
Mantención	*	*	*

Fuente: Elaboración Propia.⁴²

⁴² Fuente Propia

Del análisis del cuadro que antecede se desprende que la gestación es la única función que se realiza por los padres, todas las demás pueden efectivizarse a través de las familias sustitutas.

La Guarda como modalidad de familia sustituta se caracteriza por ser una medida de protección que no establece vínculos familiares respecto de los niños, se caracteriza por ser provisional. La guarda es un “medio tutelar mediante el cual un tercero sin derecho de representación o un organismo ejecutivo de protección, se convierten en tenedores de un menor, par darle asistencia integral y proveer a la formación de su personalidad” (D` Antonio, 1986:379).

De acuerdo a Bluske de Ayala (1989:113), la protección ofrece diversas modalidades: asistiendo a la familia del niño sin moverlo de su medio ambiente, colocándolo individualmente o en grupo en hogares sustitutos o en instituciones de educación especial. Sin embargo, se reduce esencialmente a la guarda, la libertad vigilada y la libertad compromisoria – estos dos últimos relacionados a adolescentes infractores.-

La Guarda no se limita a que una persona tenga a su cargo y cuidado la conservación de un niño, sino, que estos dos conceptos tengan un significado mas dinámico que supere una formalidad legal y vaya acorde a una **eficaz función tuitiva de los derechos del niño**. El carácter de la función tuitiva de la Guarda proporciona el genuino significado, pues no regula los vínculos paterno-filiales, sino el vinculo con una familia en razón del interés superior del niño. De acuerdo a Eliana Roca (1997) la figura de la Guarda en su aplicación como familia sustituta permite la convivencia familiar y supera el tipo de protección institucional que se da a través de las entidades de cobijo.

Existen distintos tipos de Guarda:

- La guarda originaria: Es la que corresponde a los padres, aparece integrada a la patria potestad, como un derecho-deber de convivencia, que posibilita las demás funciones paternas. Tiene su origen natural en la relación paterno-filial.
- La guarda derivada: Surge de la ley y corresponde a quien ejerce la Tutela del niño, en la presente investigación se trata de la tutela oficial o Tutela del Estado con propósito proteccional en relación con niños abandonados o en situación de riesgo.
- La guarda delegada: Aparece desmembrada de la patria potestad y de la tutela. Es decir el tercero que ejerza la Guarda no tiene representación legal.
- La guarda de hecho: Tiene lugar cuando una persona por propia decisión, sin atribución de la ley o de un juez, toma a un menor a su cuidado. En este supuesto el guardados de hecho no tiene ninguno de los derechos de autoridad sobre la persona del niño pero si todas las obligaciones inherentes a la guarda desmembrada, en particular el deber de asistencia integral y el de la educación. La guarda de hecho es una guarda desmembrada pero no delegada legítimamente, por lo que no constituye un medio confiable, ya que no hay ningún control previo de la idoneidad del guardador, ni evaluación del interés del niño. Lo mas interesante es que en la practica se concreta en un gran número lo que constituye importante para el derecho.

3. La Guarda Delegada como medio proteccional.

La guarda como instrumento proteccional. Es desmembrada de la patria potestad, delegada en virtud de la Tutela del estado y se constituye en un eficaz medio tutelar de niños que se encuentran abandonados o en situación de peligro moral o material (D´ Antonio, 1989).

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

- ✚ Desmembrada: Aparece desvinculada de la patria potestad o de la tutela, ya que la ejerce quien no tiene la representación legal del menor.
- ✚ Delegada: Es otorgada al guardador por el Estado o directamente por los padres o el tutor, Transfiriendo una función que es originaria y natural (padres) o derivada por la ley.
- ✚ Instrumento tutelar: La delegación de guarda se presenta como una alternativa de protección muy apropiada, frente al caso de un niño abandonado o en peligro, ya que proporciona al niño una familia sustituta.
- ✚ Contenido asistencial, proteccional y formativo: No es un mero deposito de un niño abandonado, sobrepasa el concepto material de tenencia. Excede también la noción de simple convivencia con el niño, al vivir junto al niño se le asuman todas las restantes funciones paternas de educación, vigilancia, corrección y asistencia, que resultaría difícil que se puedan mantener separadas de la guarda. En

definitiva, el contenido de este tipo de guarda implica darle al niño un verdadero trato familiar.

- ✚ Gratuita: No tiene ninguna remuneración material. En esto se diferencia de la custodia que tiene una retribución.
- ✚ Precaria: Es esencialmente transitoria y mutable. Sin embargo el cambio debe respetar el interés del niño y debe estar provocado por graves motivos. La precariedad, salvo que las circunstancias sean contrarias al interés del niño, esta referida a la imposibilidad del guardador de oponerse al reclamo del niño por parte del titular de la patria potestad o tutela.

4. Relación de La Guarda y la Patria Potestad.

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

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

Corresponde analizar algunos aspectos de la patria potestad:

- Derecho-Deber: La guarda no es simplemente una potestad de los padres de retener a sus hijos, sino que implica una obligación de convivencia. A la par del derecho subjetivo de los padres, constituye un deber para aquellos.
- Natural: La guarda, así como el derecho de patria potestad que integra, no les corresponde a los padres por concesión del estado o de la ley, sino que preexiste al ordenamiento

positivo, y este no podría negar dicho derecho, sino regularlo para su correcto ejercicio. El origen de la guarda no es legal, ni judicial, sino que es natural y deviene del hecho de la paternidad en el marco de la sociedad familiar.

- Originario de los padres: La potestad de guarda se atribuye en principio a los padres, que naturalmente la poseen.
- Consiste en la convivencia de los hijos: Este es el contenido de la guarda, que puede definirse como la tenencia o contacto inmediato con el niño, es decir convivencia, porque va mas allá del elemento material de la inmediatez; hay un contenido espiritual y afectivo en la vida en común, que no se ve totalmente expresado con el termino tenencia, incluso ni siquiera con el propio termino guarda.
- Presupuesto que posibilita las restantes paternas: Simler, citado por Bluske de Ayala (1979;57) afirma que la guarda debe ser considerada, no ya como un atributo al lado de otros atributos, sino como el medio que permite realizar concretamente los otros derechos y obligaciones de la patria potestad, la convivencia con el niño facilita y permite su educación, asistencia, corrección, vigilancia y representación.

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

4.1 Diferencias entre la Guarda y la Tenencia.

Ambas son instituciones que no establecen vínculos familiares con respecto de los niños que se encuentran bajo esta modalidad. La tenencia se entiende como el acogimiento precario del niño, por personas carentes de autoridad paterna (D´ Antonio, 1979).

En situaciones de separación de los padres, se plantea el llamado problema de atribución judicial de la tenencia. En este supuesto el juez otorga la tenencia o guarda a uno de los padres, haciendo uso de sus facultades jurisdiccionales. De ello algunos autores hacen una distinción entre tenencia y guarda, dando el primer término el significado de elemento material de la guarda, consistente en la facultad de conservar consigo al niño dentro de la patria potestad. Por lo que D´ Antonio (1979:145) denomina tenencia a la guarda integrada a la patria potestad y reserva el término guarda a un instituto o protección diverso que aparece desmembrado de la patria potestad, e incluso con un contenido más amplio que el de inmediatez física con el niño.

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

De manera que la guarda a partir de la Doctrina de la Protección Integral si bien comprende el concepto de proximidad física o tenencia, la excede, ya que no se trata de cosas sino de personas que son considerados sujetos sociales con derechos exigibles, por lo que en su esencia, incluye un elemento espiritual y efectivo que queda mejor

reflejado en el termino convivencia. Sin embargo, el termino de tenencia para Guillermo Cabanellas (1979), explica que “ es el grado mínimo que jurídicamente se da en el dominio de las cosas, constituye un simple hecho, sin derecho a su posesión y a su propiedad”.

Según Sonia Soto (1995), esta posición hace a la mera posesión de una cosa y por lo tanto no seria pertinente aplicarla a las personas. Esta figura así como esta establecida por la doctrina es regulada en el Codigo del Niño, Niña y Adolescente como Guarda de hecho.

La tenencia en la Legislación Boliviana es regulada desde el Codigo del Menor de 1966, 1975 y 1992 para desaparecer de acuerdo a la nueva tenencia en el Codigo del Niño, Niña y Adolescentes por considerar mas una figura de carácter civil, dando lugar a lo establecido en la doctrina.

4.2 Diferencia entre Guarda y Tutela.

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

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

Puede designarse a un familiar o a un tercero, pero en razón del interés superior del niño, tanto la doctrina como la legislación coinciden en establecer que las atribuciones del tutor son la representación en

todos los actos así como la administración de sus bienes, fuera del ejercicio que esta institución conlleva atribuciones de la patria potestad.

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

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

Según Bluske de Ayala (1979) la delegación de la guarda por medio tutelar puede clasificarse según su forma de otorgamiento y en relación con su finalidad inmediata:

- Clasificación por la forma de otorgamiento. La delegación de la guarda puede ser judicial, administrativa o directa.
- Delegación judicial: El juez puede otorgar la guarda de un niño actuando en función de su potestad jurisdiccional, sumada al ejercicio de la Tutela Superior. En esta última forma de delegación proteccional, el juzgador, considerara el interés del niño, así como la idoneidad del guardador y de su ambiente, antes de conferir la guarda. Para la doctrina, parece ser esta la forma que completa mejor la finalidad tutelar que tiene la delegación de la guarda, la legislación nacional establece que solo procede esta figura con autorización del juez.
- Delegación administrativa: Tiene lugar cuando quien delega la guarda es el órgano técnico-administrativo que integra la Tutela del Estado. La finalidad de esta delegación es proteccional y ha sido criticada, ya que

en muchos casos implica convalidar guardas de hecho preexistentes, que no tuvieron control alguno de idoneidad y beneficio para el niño.

- Delegación directa, paterna: En este caso, quien ejerce la patria potestad decide delegar la guarda de su hijo en otra persona. Habitualmente se deja constancia de ello en un instrumento público, generalmente en un acta notarial; es por ello que este tipo de guarda se denomina comúnmente “notarial”. Este tipo de entrega en guarda tiene generalmente finalidad adoptiva.
- Clasificación por su finalidad. La guarda delegada puede tener una intención simplemente tuitiva y con fines de adopción.

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

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

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

- **Legislación Nacional Respeto de la guarda**

En el siguiente Cuadro se sintetiza las disposiciones en la legislación nacional acerca de la Guarda:

CUADRO Nº 3 LEGISLACION NACIONAL RESPECTO DE LA GUARDA

CODIGO	DESMEMBRADO	DELEGADA	INSTRUMENTO O TUTELAR	CONTENIDO ASISTENCIAL PROTECCIONAL Y FORMATIVO	GRATUITA	PRECARIIA
1966	Si	Estado o responsable	Si	Los tres aspectos	Admitía asistencia	No transitorio Mutable
1975	Si	Estado	Si	Asistencial y formativo	Admitía asistencia	No transitorio mutable
1992	Si	Estado	Si	Los tres aspectos	Admitía asistencia	Transitorio Mutable
1999	Si	Estado	Si	Los tres aspectos	-----	Transitorio Mutable

Fuente: En base a la Legislación Nacional.⁴³

La legislación nacional considero de la siguiente manera la figura jurídica de la Guarda:

1966: La Guarda se consideraba como un instrumento tutelar por la entrega de un menor a una familia con la obligación de educarlo, alimentarlo, vestirlo, darle habitación, presentarle atención medica, vigilarlo o asistirlo como si fuera miembro de la familia.. Se procede sobre menores pupilos del estado, huérfano absoluto, hijos de padres imposibilitados por legítima causa. Una de las características es que podían ser colocados dos o mas hermanos en una sola familia previo informe de la condición material y moral de los guardadores. Era una medida que la concedía el estado, plazo para su ejercicio y podía ser revocada, su ejercicio estaba a cargo de personas o centros de asistencia

⁴³ Elaboración Propia

públicos o privados. Los Guardadores podían solicitar asistencia a los responsables, además este Código señala los requisitos como la edad, estado civil, situación económica de los solicitantes y si se ejercía dentro del territorio nacional.

1975: El Juez de familia debía declarar al menor en estado de abandono para proceder a la Guarda, si bien este código se caracterizó por tener una tendencia fuerte a la institucionalización, sin embargo reconoce los hogares sustitutos, como medida tutelar a los cuales les asignaba una pensión por el niño, establecía las características de las familias otorgando a matrimonios sin hijos o con uno. La Guarda se ejercía simultáneamente como tutela, ambas eran de carácter contractual. Se ejercía dentro del territorio en el que se encontraba el menor. No establecía plazo para su ejercicio, sin embargo podía ser revocable por motivos justificados. Dentro del análisis de la legislación se puede establecer que los antecedentes de la Guarda están relacionados a la participación de la comunidad en su aplicación, en los Códigos como son el de 1966 y 1975 se considera la finalidad de la medida tutelar respecto de las familias así como asignación de recursos para los hogares sustitutos sobre todo en el segundo Código, sin embargo la figura se hace riesgosa por el carácter contractual de la medida, que daba lugar a la práctica de servidumbre.

1992: Este Código del Menor consagra a la Guarda como un derecho del niño y adolescente a la convivencia familiar y comunitaria, afirmando el derecho a desarrollarse en el seno de su familia de origen y excepcionalmente en una familia sustituta, de esta forma no se considera a la familia de origen como la única forma de garantizar al niño el derecho a la familia. Si bien la Guarda es considerada como un derecho a la luz de la Doctrina de la protección Integral delegada por el Estado a través de los

Jueces, sin embargo es criticada por su carácter transitorio no mayor a un plazo de 180 días y el carácter exclusivo en su aplicación a niños que están declarados en estado de Abandono, por lo que da lugar a establecer que aquellos niños que atraviesen pero no estén declarados en abandono están destinados a ingresar a instituciones, por lo que esta medida era orientada solo con fines adoptivos. Su promoción estaba delegada a ONANFA para promoverla en forma directa o a través de organismos no Gubernamentales.

1999: Se divide la guarda en dos: una en caso de desvinculación familiar, sujetas al Código de familia y resuelta por la jurisdicción familiar y otra conferida a terceros sin representación legal por medio del juez de la Niñez y Adolescencia. Con esto se amplía la aplicación de la figura de la Guarda pues no solo esta destinada a la niñez y adolescencia que se encuentren atravesando por abandono, sino considera aquellos niños cuya situación se encuentra indefinida por la disolución matrimonial o separación de uniones de hecho. Supera la transitoriedad establecida en el código de 1992 dando lugar a un tratamiento más prolongado y con una debida fiscalización.

La guarda como familia sustituta es de tipo delegada ya que surge de la ley y al mismo tiempo es derivada, pues puede ejercerla un tercero que no tiene representación legal. En la legislación, tanto el Código del Menor de 1992 como el código de la Niñez y Adolescencia de 1999 señalan que el otorgamiento es judicial y su promoción como familia sustituta es mediante el Organismo especializado, su finalidad puede ser simple o con fines adoptivos.

ESQUEMA Nº 2

Protección integral del niño

Niño abandonado

Protección bajo la Tutela del Estado

La guarda como alternativa familiar y como último recurso la

Intervención que protege los derechos de la infancia y adolescencia.

Sistema de protección acorde a la doctrina y la legislación que debe aplicarse para superar las deficiencias de la protección tradicional del niño

Fuente: Elaboración propia⁴⁴

En el esquema se muestra el sistema de protección integral del niño, que contempla a la Guarda como una alternativa familiar, que

⁴⁴ Fuente Propia

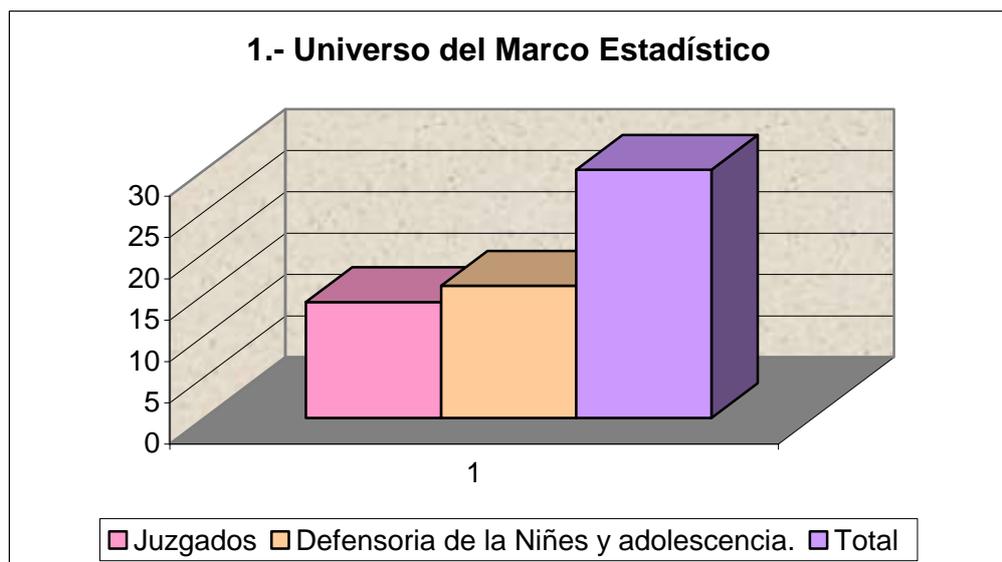
protege el derecho del niño, que es acorde a la doctrina y legislación nacional e internacional.

5. Marco Práctico. Criterio de los juristas en el ámbito familiar

Este acápite está dirigido a personal relacionado con el ámbito jurídico ya que ellos conocen como se ha desarrollado el proceso y guarda e institucionalización de la protección del menor

5.1. Universo del Marco Estadístico.

Gráfico N° 1



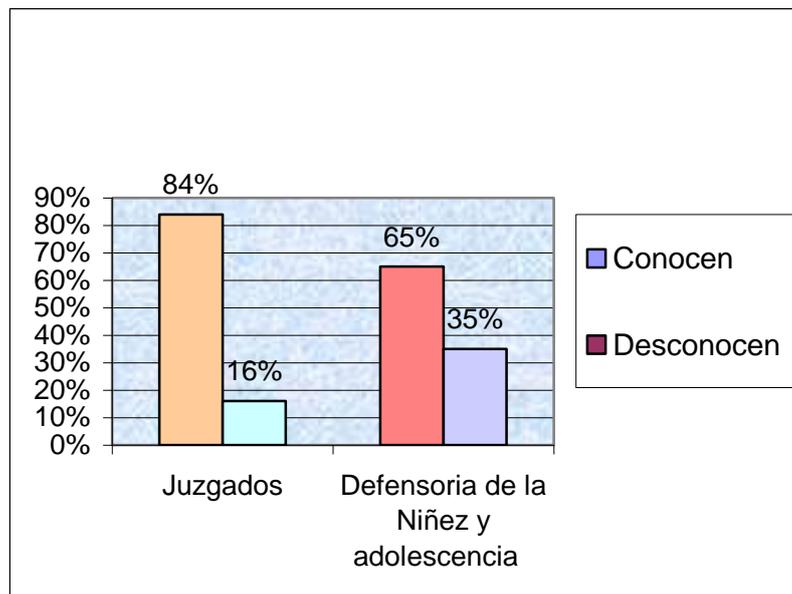
Fuente: elaboración propia⁴⁵.

Debido a la actividad procesal en los juzgados como en la Defensoría de la Niñez y adolescencia, solo se logra tomar una muestra en la población. El presente trabajo esta en función a estas encuestas.

⁴⁵ Fuente Propia

5.2. Conocimiento de la Guarda e institucionalización de la protección del niño y adolescente en la legislación boliviana

Gráfico No. 2
Participación de juristas según institución

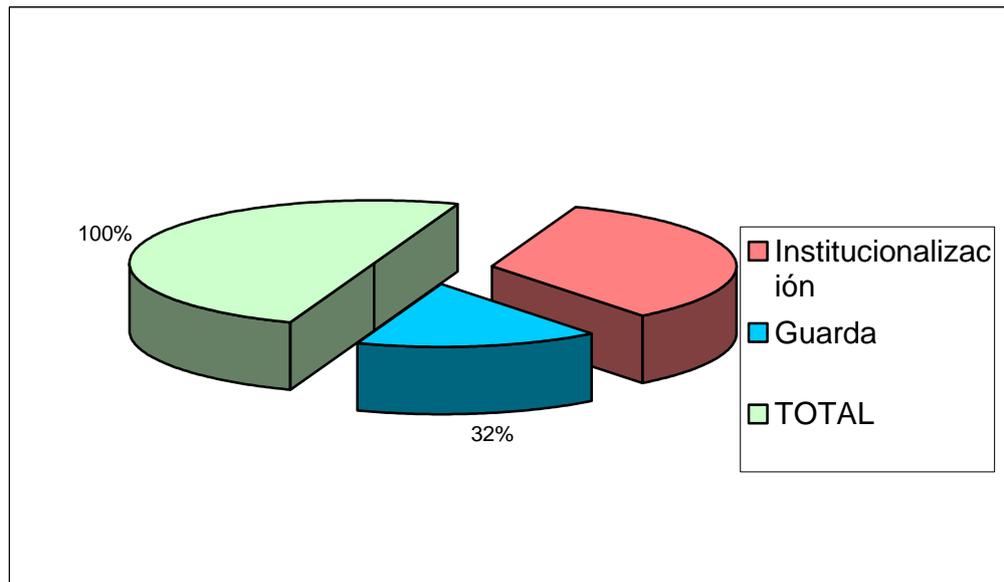


Fuente: elaboración propia.

Por los datos anteriores, se observa que tanto a nivel de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia (65%) como de los juzgados (84%), los juristas conocen en que consiste o involucra la Guarda e institucionalización de la protección del niño y adolescente en la legislación boliviana,. Ya que en estos últimos años se trata de proteger el patrimonio humano del Estado mediante organizaciones no lucrativas con un fin altruista, pretendiendo albergar a los niños, niñas y adolescentes que viven en las calles con el fin de proyectarlos a la sociedad con una función útil, en base a un empleo digno.

5.3 Relación de Niños Institucionales y la aplicación Jurídica de la Guarda.

Gráfico No. 3
Relación jurídica de la Guarda



Fuente: elaboración propia⁴⁶.

Se consideró los siguientes datos aclarando previamente que los datos numéricos de los niños institucionalizados corresponden a la parte cuantitativa de la investigación así como las categorías de las instituciones a las cuales pertenecen:

- a. El número de niños y adolescentes institucionalizados es considerado de un universo de 780 sólo a 539 los cuales se encuentran en instituciones categorizadas para la presente investigación como de apoyo social y centros de terapias confrontados algún tipo de abandono total o parcial u orfandad.

⁴⁶ Fuente Propia

- b. Del análisis de expediente que antecede dentro de la gestión 2009-2010, se pudo establecer que los niños que se encuentran bajo la Tutela del Estado permanecen por años en instituciones.
- c. De igual forma se consideró la revisión de expedientes concluidos de Guarda durante la gestión 2009-2010.

De la revisión de Archivos de Proceso Concluidos de Guarda en los Juzgados del Menor o de la niñez y adolescencia, se pudo determinar que la Guarda tiene una mínima aplicación, su finalidad es netamente dirigida a la conclusión de adopciones nacionales es decir que esta figura se utiliza sólo como medida pre-adoptiva solicitando por los adoptantes.

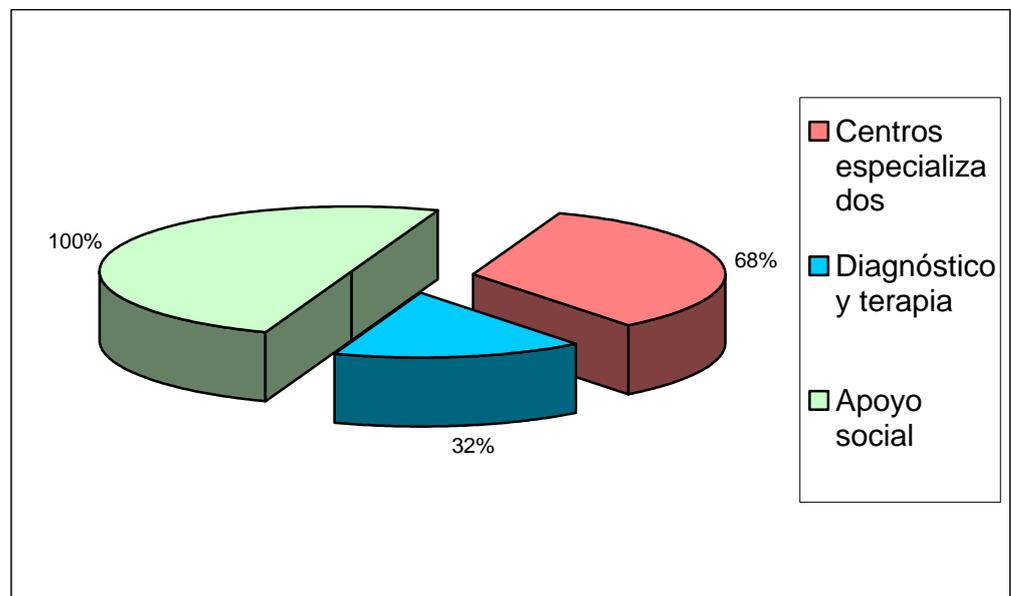
Por lo que la relación promocional de niños que ejercen su derecho a una familia a través de la guarda es mínima, de un 100% sólo se aplica un 5.2% con tenencia a la constitución de una nueva familia y como medida tutelar de carácter transitoria que permite evitar la institucionalización, por lo que los demás se encuentran bajo el sistema de protección institucional.

Hasta esta parte la técnica de revisión de archivos ha permitido determinar las características de la institucionalización las cuales analizadas no son convenientes para superar el abandono de la niñez, y frente a ello establecer que la única alternativa que ofrece el Estado es la institucionalización.

5.4 Finalidad de las instituciones

(Ver Gráfico en la siguiente página)

Gráfico No. 4
Finalidad de las instituciones.



Fuente: elaboración propia.⁴⁷

Se han agrupado las instituciones según su finalidad y la problemática que atienden, por lo que tenemos lo siguiente:

- ✚ Apoyo social. Se ha considerado dentro de esta categoría todas aquellas instituciones que acogen a niños cuyas características son la orfandad, el abandono, maltrato, extravió, etc. Existe mayor preponderancia a que este tipo de instituciones sean de tipo delegado.

⁴⁷ Fuente Propia

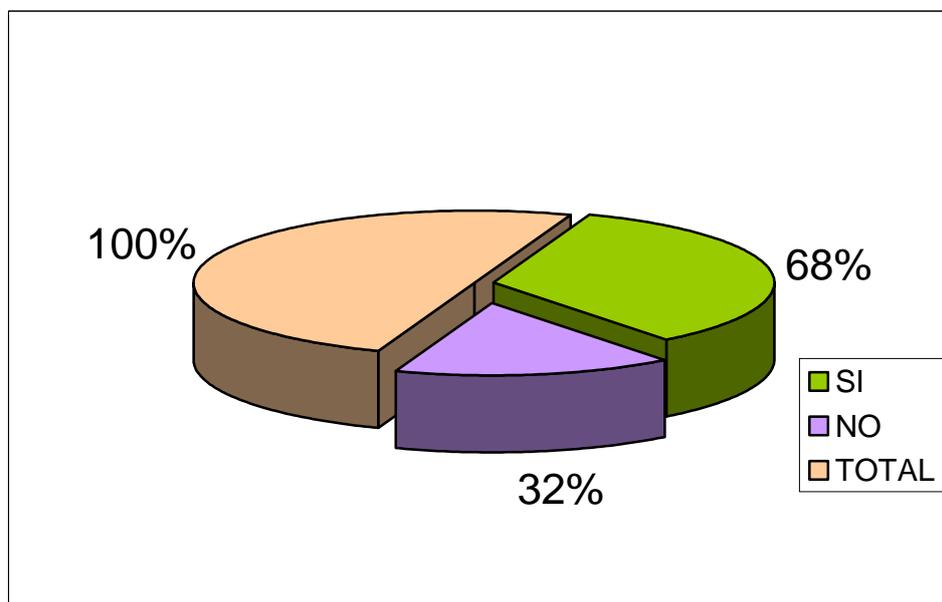
- ✚ Diagnóstico y terapia. Dentro de esta categoría se encuentran adolescentes con problemas de conducta. Sin embargo existen casos que no responden a ese tipo de problemática por ejemplo huérfanos, abandonados o víctimas de algún abuso que ha ingresado a la institución mientras se define su situación jurídica, o su traslado a otro hogar. Dependen directamente del Estado.
- ✚ Lo centros especializados se caracterizan por la presencia de personas que se encuentran en tratamiento por trastornos físicos o retardo mental. Dependen Directamente del Estado.

De acuerdo a fines investigativos del universo de instituciones las que proporciona datos relevantes para la investigación son las de apoyo social que constituyen un mayoría.

5.5. Necesidad de reglamentar la guarda e institucionalización de la protección a la niñez abandonada en la legislación nacional.

Gráfico No. 5

Necesidad de reglamentar la guarda e institucionalización de la protección a la niñez abandonada en la legislación nacional.



Fuente: elaboración propia⁴⁸.

De todos los encuestados un 68%, tienen una fuerte tenencias ha asumir las políticas del Estado esto quiere decir que la tenencia de las políticas que oriente el tratamiento de la niñez o adolescencia que se encuentra acogidos en instituciones, se dan políticas orientádoladas a un tratamiento interno, así mismo la elaboración de las políticas propias están orientadas a las normas de tratamientos que aplica cada institución. Existe también las políticas privadas son aquellas que dependen de algún tipo de financiamiento, esto ocurre normalmente con las instituciones delegadas.

Por lo que surge la necesidad la guarda e institucionalización de la protección a la niñez abandonada en la legislación nacional

6. Resumen Analítico

Dentro de este capítulo se desarrollo la importancia de la familia para el niño desde el punto de vista de jurídico y psicológica, para los fines investigativos se considero a la familia no como un medio que permite el desarrollo de la niñez.

La familia sustituta es considerada, como una ficción legal que permite el ingreso de un niño a una familia de protección. Dentro de ellas se pudo señalar a la adopción como el medio de protección definitivo pues brinda al niño una nueva familia y la Guarda como un medio de protección provisional que no establece lazos familiares definitivos.

La legislación internacional establece que frente al abandono es preferible aplicar una medida tutelar de carácter familiar que la institucionalización. De acuerdo a la doctrina la guarda es una medida tutelar conveniente pues permite reducir efectos nocivos del abandono a niños,

⁴⁸ Fuente Propia

además en su aplicación se consagra el principio de igualdad de los niños ante la ley y el principio de cooperación de la comunidad para la consagración del derecho a una familia y convivencia comunitaria de la niñez. Es derivada de la ley y delegada por autoridad judicial, para los fines jurídicos de la presente investigación se pudo establecer que es una obligación del estado aplicar esta medida como medio de protección a niños que se encuentran atravesando alguna problemática y como forma de restituirle el derecho a una familia y la convivencia comunitaria.

Es reconocida por la legislación desde el código del menor del año 1966, hasta el Código del Niño, Niña y Adolescente del presente año, sin embargo no es una medida tutelar considerada en todos sus aspectos para ser efectivizada.

CAPÍTULO VII

PROPUESTA DE REGLAMENTO DE EJECUCIÓN LA GUARDA E INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA NIÑEZ ABANDONADA.

1.- DISEÑO DE PROYECTO

PROPUESTA REGLAMENTO DE EJECUCIÓN LA GUARDA E INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA NIÑEZ ABANDONADA

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

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

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL,

DECRETA:

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- (Finalidad). En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser consideradas fundamentalmente. Cuando los propios padres del niño no pueden ocuparse de él o sus cuidados sean

inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustituta-adoptiva o de Guarda, o en caso necesario, una institución apropiada.

Respecto de la Guarda como familia sustituta. Pese a que la colocación de niños en Hogares de Guarda tiene carácter temporal, puede continuar, de ser necesario, hasta la edad adulta, pero no deben excluir la posibilidad de restitución a la propia familia ni de adopción antes de ese momento. En todas las cuestiones relativas a la colocación de los niños en hogares de Guarda deberá tener participación adecuada la futura familia de guarda y según proceda, el niño y sus propias costumbres. La colocación en hogares de guarda debe reglamentarse por ley, así como las facultades de las autoridades u oficina competente que se haga cargo de la supervisión para velar por el bienestar del niño.

ARTÍCULO 2. (Objeto).

Relación entre las relaciones familiares y estatales respecto del niño, reconoce los siguientes aspectos:

- El derecho a la familia y a su convivencia.
- La obligación del Estado de proteger a niños que se encuentren confrontando abandono.
- Reconoce las alternativas de familias Sustitutas.
- Da un orden de preferencia en la aplicación de las familias sustitutas en la que se encuentra la guarda como primera opción y la institucionalización como última.

De esta forma frente a las circunstancias que condicionan al niño en un estado de abandono ya sea por incumplimiento en el orden afectivo, económico y asistencial por parte de padres, tutores o guardadores la Convención refiere lo siguiente:

- 1.- Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio tendría derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
- 2.- Los Estados Partes garantizaran, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños.
- 3.- Entre esos cuidados figuran entre otras cosas: La colocación en hogares de guarda, la kafala del Derecho Islámico, la adopción.
- 4.- De ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

CAPÍTULO II

GUARDA E INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA NIÑEZ ABANDONADA

ARTÍCULO 3.

Se establecerán los programas deben ser organizados y registrados en los municipios y para evitar la, judicializacion debe ser organizado por el organismo correspondiente sólo se comunica al Juez para que tenga conocimiento. Para la efectivización es a través de programas los cuales están encargados de capacitar a los candidatos a Guardadores en los aspectos, pedagógicos, psicológicos y jurídicos

ARTÍCULO 4.

Se confiere a terceros, con derecho a oposición a los padres, es de carácter transitorio, se otorga independientemente de su condición de orfandad o de abandono, el Estado ofrece subsidios para las familias bajo el programa de acogimiento el cual es establecido por el Juez de la Niñez, es revocable y considera como último recurso ala institucionalización

ARTÍCULO 5.

No se señala expresamente a la Guarda sino como colocación familiar pero con todas las características, se ejerce dentro del territorio, plazo determinado de 180 días, para niños en situación de abandono o peligro, es otorgada por el defensor de la familia, otorga una instancia especializada, y considera a la institucionalización como ultimo recurso.

ARTÍCULO 6.

Dentro de las medidas de protección aquellas que apoyen a la familia para la atención integral del niño o adolescente que se encuentre en estado de abandono o victima de negligencia y la aplicación del acogimiento institucional solo frente ala infracción de normas sin considerar privación de libertad.

ARTÍCULO 7.

Su designación es de Colocación Familiar, los responsables pueden ser matrimonios, uniones de hecho y personas naturales, señala que es preferible la colocación familiar frente a la institucionalización, el niño puede ser declarado en Estado de Abandono total o parcialmente, puede ser remunerada o no, y en el caso debe ser otorgada en principio por los padres y subsidiariamente por el Estado, respecto de los programas la dirección encargada de la protección de los menores se encargara de capacitar, seleccionar y supervisar alas familias que participan, no existe un plazo pero si se establece la periodicidad de valoración de la medida.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD DEL INFANTE EN FAMILIAS SUSTITUTAS

ARTÍCULO 8.

Respecto del tema señalan en un solo artículo lo referente a la familia.

- I. En caso de una familia sustituta ésta debe asegurar el afecto y la seguridad.

- II. El Estado, con la activa participación de la sociedad debe garantizar los programas y medidas de protección especial para los niños o adolescentes privados temporalmente o permanentemente a través de una familia.

ARTÍCULO 9.

LA guarda es una institución que ejerce por los padres o terceros en casos de divorcio, irresponsabilidad, abandono o abuso o cualquier otro motivo, se confiere el derecho a posición inclusive a los padres, excepcional, revocable, puede ser renumerada o gratuita por instancias públicas y privadas, el juez determinará el monto. La institucionalización es considerada como provisional para proceder a adoptar las medidas pertinentes.

ARTÍCULO 10.

Solo procede cuando el niño no pueda permanecer con su familia sea en forma transitoria o permanente, previo informe de las defensorías de la Niñez y adolescencia, el programa es de hogares de cuidado que se asigna a matrimonios o una persona, selección y capacitación de familias por el Instituto Nacional del Menor Fortaleciendo los vínculos familiares o comunitarios.

ARTÍCULO 11.

Su designación es de colocación Familiares, lo responsables pueden ser matrimonios, uniones de hecho y personas naturales, señala que es preferible la colocación familiar frente a la institucionalización, el niño puede ser declarado en Estado de Abandono total o parcialmente, puede ser remunerada o no, y en el caso de ser otorgada en principios por los padres y subsidiariamente por el Estado, respecto de los programas la dirección encargada de la protección de los menores se encarga de capacitar, seleccionar y supervisar a las familias que participan, no existe un plazo pero si se establece la periodicidad de valoración de la medida.

DISPOSICIÓN FINAL. La presente norma se adecuara a las disposiciones emitidas por el presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, conforme a la Constitución Política del Estado tomando en consideración los principios, valores y fines que sustentan al Estado.

CAPÍTULO VIII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1.- CONCLUSIONES. -

La investigación permitió describir, analizar y demostrar las posibilidades y limitaciones del actual sistema de protección de niños, así como la responsabilidad de las instancias estatales competentes para el cumplimiento de la norma, de la misma forma la participación de la sociedad en el cumplimiento de los derechos de niños que se encuentran atravesando por una etapa de abandono parcial o total.

Si bien se consideró dentro de la investigación una alternativa de protección como es la Guarda a través de la familia sustituta y otra la institucionalización, es necesario aclarar que ambas corresponden a etapas distintas en la protección, sin embargo fue necesario considerarlas en el sentido de determinar la protección efectiva del estado, a partir del cumplimiento de los dispuestos por la propia Constitución política del Estados plurinacional, la Convención internacional de los Derechos del Niño, el código Niño, niña y adolescente.

2.- RECOMENDACIONES.

Las recomendaciones están encaminadas a considerar el interés superior del niño, que se refieren a que el momento de aplicar una medidas de protección sea a través de la guarda o de Instituciones de acogimiento se consideren que ellos son sujetos de derechos y que por esta razón se debe asegurar su bien estar de acuerdo a su situación individual frente al abandono que atraviesan atendiendo no sólo sus necesidades físicas, sino también psíquicas, afectivas, sociales e intelectuales.

BIBLIOGRAFÍA. -

- **ÁLVAREZ, C. M.**, Problemas de Filosofía del Derecho; Editorial Universitaria UMATF, Potosí.
- **BALBELA, JACINTA**, Análisis Crítico del Panorama Legislativo en el Marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño; Argentina 1998.
- **BUNGE**, Mario; La ciencia su método y su filosofía; Edit. Gato negro; Quito- Ecuador.
- **CABANELLAS de torres, Guillermo; Diccionario Jurídico elemental; Edit. Heliasta**
- **CAMPOHERMOSO**, O. Gomes, K. López, R. MorfoFisiología, Editorial Campo Iris. La Paz: 2004.
- **CILLERÓN BRULLON**, Miguel; Infancia, Ley y Democracia en América Latina; Argentina; de Palma 1998.
- **CORDERO; BENERICE**; Análisis Crítico del Panorama en el Américo de la convención Internacional sobre los Derechos del Niño; argentina; Temis ; De Palma
- **D" ANTONIO, Daniel Hugo**, Derecho de Menores Bolivia UNICEF. 1994.
- **DAVALOS Vela; Guillermo**; Elaboración del Perfil del juez del Menor, Bolivia; OFFSET BOLIVIANA LTDA: "EDOBOL".
- **"Derecho Procesal Constitucional Boliviano"**, Autores varios, en Academia Nacional de Estudios constitucionales, Santa Cruz 2002, Impreso, Editorial "El País
- **GARCIA MENDEZ; Emilio**; Derecho de la Infancia- Adolescente en América Latina; Colombia; Gente Nueva.

- **GENA MARTINEZ**; Ara; Análisis Crítico del Panorama Legislativo en el Marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, Argentina; Temis. 2001
- **KANT**, E. Crítica de la Razón Pura, Ed. Ateneo. Buenos Aires: 1950.
- **MARTINEZ GONZALES, Manuel**; Análisis Crítico del Panorama Legislativo en el Marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, Argentina; Temis. 2001
- **MENDIZABAL OSSES**, Luis Derecho de Menores Madrid; Pirámides.
- **MORALES GUILLEN**, Carlos; Código de Familia Comentado; Bolivia
- **MURDOCK** Francisco Pilotti; La adopción como Institución Social, Derecho a tener Derecho, Tomo II, Venezuela; La Primera Prueba
- **WITKER**, Jorge; La investigación jurídica; Edit. Me. Grow Hill; México D.F. – México.
- La declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución N° 40/34, de 29 de noviembre de 1985, constituye un documento importantísimo, cuya lectura recomendamos habida cuenta de que la preocupación universal por reconocerles derechos a las víctimas en general.