

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CS. POLITICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**



## **TESIS DE GRADO**

**TUTELA DE LOS MENORES SEMI-ABANDONADOS**  
*(Necesidad de su Legislación)*

**ASESOR: DR. VICTOR ALIAGA MURILLO**

**POSTULANTE: MARIA ANTONIETA BUSTIOS CESPEDES**

**LA PAZ - BOLIVIA**

**1994**

## **PRESENTACION**

Cuando una persona cotidianamente, al recorrer la ciudad se enfrenta con niños durmiendo en los mercados, vagando en las calles, o mendigando en alguna plaza se pregunta: ¿De donde viene? ¿Como vive? ¿Donde va? para aquellos niños abandonados y SEMI-ABANDONADOS, que han tenido la desgracia de no tener un hogar en sus primeros años de vida, a esos niños que transitan a diario por las calles, con la mirada, desolada, escuálidos, barrigones, trabajando por un poco de comida, portando un cajoncito donde sólo hay un trozo de franela y un poco de betún.

No piden limosna se dignifican con su trabajo y sufren por perder sus años de niñez en una vida, que los incorporó temporalmente al mundo de los adultos, donde tienen que luchar en desigualdad de condiciones.

Esperamos que con este trabajo podamos ayudar a los niños de nuestro país proporcionándoles un hogar para vivir dignamente.

Niño Boliviano ninguna promesa es suficiente para satisfacer tus múltiples necesidades y calmar todos tus anhelos mi mejor presente, es trabajar por tus derechos.

Con mucho Cariño:

A mi hijo Edgar Alaín:

Que es la esperanza y el  
anhelo de mi vida.

A mis hermanos (as): que son  
la fortaleza de mis luchas y eterna  
inspiración de mis realizaciones.

## AGRADECIMIENTO:

Al Dr, Victor Aliaga Murillo Catedrático de Derecho Procesal IV (Procedimientos Especiales), por su acertada orientación y ASESORIA durante el desarrollo del presente trabajo.

Asimismo deseo hacer llegar mi profundo agradecimiento al Dr. José Cesar Villarroel, quien me brindó su tiempo, su valerosa orientación, en la propuesta de la presente tesis y ayuda en la investigación de la misma, a quien admiro por su ciencia y aprecio por su sencillez.

Al Dr. José Luis Gutiérrez S. Catedrático de Derecho Constitucional, por su estímulo y especial colaboración en este trabajo.

Al Dr. Marco Antonio Gira Paredes, mi enorme y sincero agradecimiento por dedicarme su tiempo y su valiosa colaboración que fueron de gran importancia en la realización del presente trabajo.

## INDICE

	Págs.
INTRODUCCION .....	7
IMPORTANCIA .....	11
PROBLEMATIZACION DEL TEMA DE LA TESIS .....	17
OBJETIVOS .....	19

### CAPITULO I

1. LA FAMILIA .....	21
1.1. Concepto General e Importancia de la Familia ...	24
1.2. Régimen Jurídico .....	25

### CAPITULO II

2. DERECHO DE FAMILIA .....	28
2.1. Concepto de Derecho de Familia .....	28
2.2. Características del Derecho de Familia .....	30
2.3. Del parentesco .....	34
2.3.1. Grado .....	34
2.3.2. Línea .....	36
2.4. Patria potestad .....	38
2.4.1. Concepto y definición .....	38
2.4.2. Ejercicio Unipersonal e Indistinto ...	41
2.4.3. Deberes y Derechos de los Padres y de los Hijos .....	43

### CAPITULO III

3.	TUTELA DE LOS MENORES .....	48
3.1.	Origen .....	48
3.2.	Concepto de Tutela .....	53
3.3.	Caracteres de la Tutela .....	54
3.4.	El tutor debe ser una Persona Física .....	55
3.5.	Control del Juez y del Ministerio Público de Menores .....	56
3.6.	Clases de Tutela .....	57
3.7.	Discernimiento de la Tutela .....	59
3.8.	Derechos y Deberes del tutor .....	59

### CAPITULO IV

4.	MENORES SEMI-ABANDONADOS .....	62
4.1.	Concepto .....	62
4.2.	Sus caracteres .....	63
4.3.	Confrontación del Problema o Legislación Boliviana .....	65
4.3.1.	Análisis Crítico de la Tutela en la Legislación Boliviana .....	65
4.3.2.	Diferencias entre Menores Abandonados y SEMI-ABANDONADOS .....	69
4.3.3.	Contradicción entre la Constitución Política del Estado y el Código de Familia .....	74

4.3.4.	Necesidad de proteger a los menores en estado de SEMI-ABANDONADO permitiendo la Tutela Provisional .....	78
--------	--	----

## CAPITULO V

### ANTEPROYECTO DE COMPLEMENTACION

#### AL CAPITULO DE LA TUTELA DEL CODIGO DE FAMILIA

5.	DE LA TUTELA PROVISIONAL .....	87
----	--------------------------------	----

## CAPITULO VI

### LEGISLACION EXTRANJERA

CONCLUSIONES .....	97
RECOMENDACIONES .....	102
ANEXOS	
BIBLIOGRAFIA	

## INTRODUCCION

En el trascurso de la humanidad desde la antigüedad hasta nuestros días ha merecido una preocupación permanente la situación social económica y cultural de los menores en esta de abandono, peligro moral o con problemas delincuenciales; esta problemática ha obligado a diferentes sociólogos, estadistas filósofos, políticos y juristas ha buscar soluciones en beneficio de estos niños; no otra cosa significa la "DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO" aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, cuyo instrumento legal le reconoce a la niñez del mundo 13 derechos irrenunciables, los mismos que están destinados a su protección. Como por ejemplo:

"A la vida familiar en su hogar, siempre que éste no constituya un peligro físico o moral; en caso de abandono u orfandad, a recibir trato familiar en un hogar o establecimiento del Estado y a que no se le impongan reclusiones innecesarias".

"A no trabajar antes de la edad adecuada... "

Es precisamente en aplicación de estos derechos, que los principios de justicia y solidaridad que caracterizan a la



civilización, en su más alto grado de nobleza y desinterés empiezan a cumplir con profunda utilidad una antigua moral de las sociedades cultas, que es la de defender de manera íntegra la salud física, mental y espiritual de la niñez, ya que esta representa la fuerza social y cultural más grande con la que cuenta un determinado país para su desarrollo.

**"La dolorosa realidad en que se encuentran niños, adolescentes y jóvenes en nuestro país y sobre todo en América Latina"** <sup>(1)</sup>, nos muestra con elocuencia que hasta el presente no se ha encarado de manera resuelta y precisa, el antiguo y continuo problema de estos menores que sufren un abandono material y moral.

En el campo social, las esporádicas actividades que se despliegan en favor de la infancia y la juventud física y moralmente abandonada, por parte del Estado o mejor los gobiernos de turno, distan muchísimo de ser una solución certera para revertir ese conjunto de situaciones que están llevando a estos seres humanos a la vagancia, la vida

---

<sup>1</sup> Primeras Jornadas de Trabajo. Comisión del Menor Honorable Cámara de Diputados. Edit. Atenea R.S.L. La Paz - Bolivia. 1989. Págs. 9 y 10.

parasitaria y la antisocialidad, que más tarde podrían ser peligrosas generadores de otros catastróficos efectos para la vida comunitaria e institucional en el país.

Desde fines del siglo XIX se viene dando en los pueblos, una corriente conocida con el nombre de solidaridad social con los menores, que eleva al desamparado de categoría a la del ser humano, "la solidaridad no denigra a quien le recibe y ennoblece a quien la practica". (2)

El país que desconozca la solidaridad social, va por el camino seguro de la decadencia. Y el gobierno que no sepa combatir con medidas eficaces la mendicidad pública, el abandono, la prostitución de menores, la drogadicción, da muestras patentes de incapacidad. Misión principal de los gobiernos es el constante laborar por la prosperidad y bienestar público, que comienza en la protección de la infancia. "El niño es el futuro de una Nación" y a él, deben avocarse todos los cuidados sin tener en cuenta los sacrificios, sin calcular el precio, y sin escatimar esfuerzo alguno para preservar a la infancia de los males que le

---

<sup>2</sup> Primera Jornada de Trabajo. Comisión del Menor Honorable Cámara de Diputados. Edit. Atenea S.R.L. La Paz Bolivia. 1989. Págs.

acechan. El niño que implora la caridad pública, es un candidato a la pereza, al alcoholismo y a la delincuencia.  
(3)

Este trabajo de investigación esta orientado a todos aquellos niños que han tenido la desgracia de no tener un hogar responsable o destruido por factores económicos, políticos y sociales (o habiéndolo tenido lo perdieron en sus meros años de vida), con lo cual perdieron aquella escuela espiritual insustituible, forjadora de carácter y de la personalidad y aquellos otros que les ha faltado las caricias, el alimento, el cariño de un padre. No existiendo una mano de ayuda que se extienda para protegerlo, constituyéndose en víctimas de esta sociedad injusta.

Es en este contexto que planteamos la situación de los menores **SEMI-ABANDONADOS** que en nuestro criterio constituyen un mayor porcentaje inclusive que los menores en estado de abandono total. Encontrándose desprotegidos por las normas vigentes , conforme lo demostraremos en la elaboración de la presente tesis, esperando que podamos contribuir en algo a crear el instrumento legal destinado a la protección de los menores en ese estado.

---

<sup>3</sup> Primera Jornada de Trabajo. Comisión del Menor Honorable Cámara de Diputados. Edit. Atenea S.R.L. La Paz, Bolivia, 1989. Págs. 9 y 10

## **IMPORTANCIA. --**

El Estado Boliviano en cumplimiento de su deber de proteger al niño, el año 1955 estableció principios de justicia social destinados a regular la política de protección y asistencia de la niñez boliviana (con antelación a la "DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHO DEL NIÑO"), los mismos que persiguen sentar las bases morales, espirituales y materiales para la formación de las futuras generaciones, por ello podemos decir que fuimos los primeros en el continente en plantear dichos derechos.

Sin embargo de estos adelantos legislativos, muy poco o nada se ha podido concretizar en la defensa real de los menores, no otra cosa significa que Bolivia tenga una de las tasas más altas de morvi-mortalidad infantil de América Latina. Es necesario reconocer que las normas legales y los sistemas empleados destinados a su protección, no han cumplido a cavalidad con los nobles objetivos que inspiraron la necesidad de su aplicación programática; la creación de instituciones tales como: LA JUNTA NACIONAL DE ACCION SOCIAL Y LA ORGANIZACION NACIONAL DEL MENOR, MUJER Y FAMILIA (ONAMFA) así como la normatividad en los Código de Familia y del Menor no han llenado las expectativas iniciales.

Tenemos niños que constantemente van muriendo en los primeros años y meses de vida. Según la dicotomía urbano-rural, vemos que la morvi-mortalidad infantil muestra una tendencia que está en crecimiento , lo cual constituye un grave peligro para el país. (4)

El Censo Nacional de Población y Vivienda de 1992, permite estimar la morvi-mortalidad infantil particularmente elevado en el sector rural no asalariado.

Esta realidad en Bolivia se explica únicamente "POR LA POBREZA DE GRANDES SECTORES DE POBLACION, LA CUAL SE MANIFIESTA EN BAJOS INDICES DE CONSUMO ALIMENTARIO, EN DIFERENTES CONDICIONES DE VIVIENDA Y SANEAMIENTO AMBIENTAL, EN ESCASEZ DE SALUD Y EN NIVELES DE DESNUTRICION".

Es común decir que "La niñez es el futuro de la patria", por lo contrario diríamos: "QUE ES EL PRESENTE TRAGICO DE BOLIVIA, SUMERGIDO EN LA DEPENDENCIA DE SU PAIS Y EN LA MARGINALIDAD DE SU PUEBLO".

Existen varias publicaciones e innumerables investigaciones sobre la llamada DELINCUENCIA INFANTIL, la

---

<sup>4</sup> CENSO NACIONAL DE POBLACION Y VIVIENDA (I.N.E.)  
Publicado Mayo, 1992.

mendicidad, abandono, explotación, deserción escolar, y otros fenómenos concomitantes.

Empero, a pesar de todos estos trabajos erigidos en honor y defensa de nuestros menores, poco se ha adelantado en la real protección de la minoridad abandonada.

Toca a la actual generación especialmente a la Universidad y Instituciones Públicas que estén inmersos en el problema, a los legisladores, establecer mediante leyes sabias, actualizadas y justas, un nuevo ordenamiento jurídico anhelado en favor de los menores.

Es así, que nuestra Constitución Política del Estado, en relación a la protección estatal que se deba brindar a la infancia de nuestro país, en su Art. 199 sostiene "EL ESTADO PROTEGERA LA SALUD FISICA, MENTAL Y MORAL DE LA INFANCIA, Y DEFENDERA LOS DERECHOS DEL NIÑO AL HOGAR Y A LA EDUCACION".

Asimismo, el mismo cuerpo legal con relación a la protección estatal de los menores en estado de abandono y orfandad, en su Art. 197 manifiesta "LA AUTORIDAD DEL PADRE Y DE LA MADRE ASI COMO LA DE LA TUTELA SE ESTABLECEN EN INTERESES DE LOS HIJOS, DE LOS MENORES Y DE LOS INHABILITADOS EN ARMONIA DE LOS INTERESES DE LA FAMILIA Y DE LA SOCIEDAD. LA

ADOPCION Y LAS INSTITUCIONES AFINES A ELLA SE ORGANIZARAN IGUALMENTE EN BENEFICIO A LOS MENORES". Es más nuestro Código de Familia en el Capítulo relativo a la Tutela de los menores, en su Art. 283, sostiene: "SE ABRE LA TUTELA DE LOS MENORES CUANDO SUS PADRES FALLECEN, O CUANDO POR OTRA CAUSA PIERDEN SU AUTORIDAD O ESTAN SUSPENDIDOS EN EL EJERCICIO DE ELLA, IGUALMENTE CUANDO LA SITUACION FAMILIAR DE DICHOS MENORES NO SE HALLA ESTABLECIDA".

Del análisis de lo anteriormente citado, podemos concluir que en nuestra economía jurídica, la tutela es una institución de orden público y de carácter social.

Sin embargo ninguno de los preceptos constitucionales y mucho menos el Código de Familia o el del Menor vigentes, se ocupan de la problemática que representa un amplio sector de la población infantil de nuestro país, que constituyen **"LOS MENORES SEMI-ABANDONADOS"** que ha decir de los directivos del Instituto Nacional de Estadística y de los de la Junta Nacional de Solidaridad y Desarrollo Social o su homólogo la Organización Nacional del Menor, Mujer y Familia (ONAMFA) representan el 23% de la población infantil de nuestro país.

En este aspecto es que me permito plantear la situación de los niños o menores **SEMI-ABANDONADOS**: uno de cuyos padres

ha muerto o desaparecido y el otro, si bien vive, lo abandonó, dejándolo en manos de sus abuelos, tíos, hermanos mayores o terceros.

Sin embargo, pese a la buena voluntad de sus abuelos (paternos y maternos), tíos, hermanos, estos no pueden obtener la tutela de estos menores, porque dentro de los requisitos establecidos por el Art. 283 del Código de Familia la tutela solo es procedente cuando fallecen ambos padres o cuando existe perdida o suspensión de la autoridad paterna o materna.

Este es un problema gravísimo y de actualidad permanente que se observa en forma casi constante, en los juzgados de **Instrucción de Familia**, encargados de conocer demandas de tutela (ver cuadro No. 1), que motivó mi interés para plantear esta problemática en una tesis de grado porque indudablemente tal cual está la situación establecida en nuestra normatividad substantiva familiar, hay una desprotección de estos menores **SEMI-ABANDONADOS**, dado porque las personas que los tienen de hecho, no obstante su deseo y posibilidades morales y económicas, no pueden ejercer la tutela sobre estos menores con todos los derechos, prerrogativas que impone la tutela, porque la demanda será rechazada por no encuadrarse al texto de la norma y al concepto de la tutela concebida por el legislador boliviano.



Se pretende establecer que hay un vacío legal que tiene que ser corregido cuanto antes, porque viene ocasionando daños en el orden físico, psíquico, moral, educativo, etc., en los menores que se encuentran en esa situación. Y por otra parte, esto provoca en las personas que desean obtener la tutela de estos menores, una especie de frustración que culmina con el desamparo de los menores, pues abandonan sus demandas.

Me atrevería a señalar que esta desprotección de los menores en estado de **SEMI-ABANDONO**, inclusive atenta contra la Carta Magna, en sus Arts. 197 y 199, que prescriben claramente que la autoridad de los padres y la tutela se establecen en interés de los menores, siendo una obligación del Estado la protección de la salud física, mental y moral de la infancia y de la defensa del niño al hogar y a la educación.

Cabe preguntarse de que protección y defensa del niño al hogar, a la salud física, moral y mental se puede hablar tratándose de estos menores que no pueden ser objeto de tutela por parte de sus abuelos, tíos, hermanos mayores y que en muchos casos se ven obligados ir a parar a centros asistenciales con las consecuencias que todos conocemos de : sufrimiento, hambre y mal trato.

## PROBLEMATIZACION DEL TEMA

El tema propuesto nos plantea las siguientes interrogantes:

1. ¿Cual es la situación de la Legislación Boliviana sobre la tutela?
2. ¿Cual es el tratamiento de la tutela de hecho, dativa y legislativa en nuestro Código de Familia?
3. ¿Existirá armonía y concordancia entre los preceptos Constitucionales (Arts. 197 y 199) y las normas sobre la tutela del Código de Familia (Arts. 283 y sgtes.)?
4. ¿Cuales son las consecuencias de una orientación diferente entre la Constitución y el Código de Familia en relación con la situación de los menores SEMI-ABANDONADOS?
5. ¿Una modificación de la estructura del Código de Familia en cuanto a la situación de los menores en estado de SEMI-ABANDONO ameritará afectar la

estructura, las bases y principios esenciales en los que se sustenta la tutela?

Por lo tanto la hipótesis que planteamos es la siguiente:

"Para la protección de los menores semi-abandonados" se plantea la necesidad de que se legisle la Tutela Provisional, en favor de los abuelos, tíos, hermanos y excepcionalmente no parientes, concretizando los principios Constitucionales y de la Declaración Universal de los Derechos del Niño, para la protección de los menores comprendidos en la categoría mencionada.

Donde las Variables son:

Variable Independiente.- El estudio plantea el problema de la patria potestad y de la tutela sobre los menores no emancipados..

Variable Dependiente.- Plantea la situación de los menores en estado de semi-abandono que se encuentran desamparados, dado que ni siquiera pueden ser objeto de tutela judicial.

Para poder resolver la problemática que nos plantea la tutela de los menores **SEMI-ABANDONADOS**, hay necesidad

académica de analizar los fundamentos doctrinarios de la familia, el derecho de familia, patria potestad y por último la tutela; porque, solamente así podremos estructurar las bases esenciales de la situación jurídica, de los menores en estado de abandono.

## **OBJETIVOS**

El presente estudio tendrá por objetivo la investigación dentro del Derecho de Familia, la situación del menor en el marco Constitucional, el Código de Familia y del Menor, para de este modo problematizar la situación vigente en nuestro país y superar la situación del menor en estado de **SEMI-ABANDONO**, para establecer reglas y principios de protección a estos menores, admitiendo la Tutela Provisional como institución encargada de la protección, amparo, defensa, custodia o cuidado y dirección del menor incapacitado de proteger su persona y sus bienes.

El tema del presente trabajo es claro y preciso: La situación de los menores **SEMI-ABANDONADOS**, se produce cuando uno de los padres fallece o esta ausente, y el que queda al cuidado del menor lo abandona; por lo que pueden ser sujetos de tutela relativa o provisional, no existiendo en nuestra codificación familiar vigente esta figura.

Es evidente que toda investigación debe circunscribirse a un período, que nos permita analizar el tema por cuyas circunstancias tomaremos los últimos cinco años, o sea, desde 1987 hasta 1992 lo cual nos permitirá observar los efectos que causa la tutela en la forma como está concebida en el Código de Familia y la necesidad que existe de una pronta modificación de su estructura jurídica.

Por último por tratarse de un aporte referido a la Legislación Nacional, al plantear una modificación de la tutela es indudable que nos ocuparemos fundamentalmente de lo que ocurre dentro de nuestro país y en especial de la ciudad de La Paz.

## CAPITULO I

### 1. LA FAMILIA.--

La familia es un grupo natural, es el más natural de los grupos humanos. Es un grupo circunstancial con la naturaleza humana, tan antiguo como la humanidad por lo que puede afirmarse que la historia de la familia es la historia de la humanidad. Nadie le puede negar su carácter de fenómeno vinculado como ningún otro al ser del hombre, de allí que nadie piense que puede desvincularse en el futuro.

La familia es un hecho, porque es un fenómeno natural y, frente ella, el derecho es un orden posterior, porque el derecho no crea la familia simplemente la toma en cuenta y la regula en sus aspectos fundamentales.  
(\*)

En la historia, la familia aparece como una comunidad que, teniendo su origen en la unión de un hombre y una mujer, esta compuesta, al menos por

---

\* Lecciones de Derecho de Familia. Tercera edición, Corregida y Aumentada. Avelado de Luigi. Isabel Grisanti. Ediciones Vadel Hermanos. 1986. Valencia-Venezuela. Pág. 15

recónditos sentimientos humanos: amor, comprensión, ternura y dedicación".

La familia es el primer ambiente social del hombre en ella aprende los primeros principios, las nociones de lo justo y de lo injusto, de lo bueno y de lo malo, del deber y del derecho. Puede afirmarse que la familia es el medio a través del cual se transmiten tradiciones, creencias, hábitos, ritos.

La familia es la célula social fundamental. Por es en ella donde el individuo se prepara para su vida en sociedad.

Si miramos a un hombre o a una mujer aisladamente, podemos, en principio observarlos como seres completos. Pero si los observamos en la naturaleza podemos advertir fácilmente que el ser humano es imperfecto y que requiere de su semejante para poder dar satisfacción a sus necesidades. El hombre y la mujer son semejantes, pero diferentes y complementarios. Por eso se necesitan y en esa necesidad, que no es tanto sexual sino moral y afectiva, está el fundamento de la unión de la pareja, base de la familia.

De todo lo anterior podemos afirmar que la importancia de la familia es individual y es social. Es individual, porque según hemos observado la familia es la mejor solución para las deficiencias humanas. Es la familia donde el hombre puede realizarse favorablemente. Y social, porque la familia permite la conservación de la especie humana, que requiere la perennidad de la familia y de la preparación del individuo para la vida en sociedad, que no puede recibirse en el ámbito complejo de ella, sino en el restringido grupo familiar.

La familia por tanto se constituye en el objetivo principal, en la protección del niño SEMI-ABANDONADO. No buscando al niño una familia sino una familia buscando al niño de estas características, por la falta de preocupación de su familia original.

**1.1. Concepto general e importancia de la Familia.-** En un sentido general la familia "es el conjunto de personas unidas ya sea por un lazo de parentesco, matrimonio o adopción. En otro sentido, la familia representa el conjunto de personas unidas por el vínculo consanguíneo o legal; sin embargo en el sentido estricto, "La familia designa a las personas que viven bajo el amparo del jefe de familia, bajo



el mismo techo de este y bajo su protección económica". (7)

Por ser el hombre un animal social por su naturaleza propia, la familia tiene una enorme importancia en la convivencia social en el medio en el que vive; así como también la importancia de la familia trasunta en el contexto jurídico, económico y político, representando estos el conjunto de la cultura que predomina en la formación de la familia.

**1.2 Régimen Jurídico.-** Desde el punto de vista jurídico pueden distinguirse varios conceptos de familia:

A) Concepto amplio: "La familia es el conjunto de personas unidas por vínculos de matrimonio, parentesco o adopción". (8)

Así entendida la familia, comprende aún numeroso grupo de personas unidas por vínculos legales de matrimonio, parentesco o adopción.

---

7 Rossert Gustavo Zannonin eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. 2da. Edición. Edit. Astrea 1989. Pág. 44.

8 Borga A. Guillermo. Derecho de Familia. Novena Edición. Edit. Perrot. 1984. Pág.204.

B) Concepto estricto: "En sentido estricto podemos definir a la familia como el grupo restringido formado por el padre, la madre y los hijos, con exclusión de los demás parientes". (7)

En este sentido la familia comprende las relaciones conyugales y las paterno filiales.

C) Concepto más restringido: Para algunos tratadistas, "La familia es un grupo de personas formada por el padre, la madre e hijos sometidos a su potestad". (10)

Este último concepto, muy restringido toma consideración a la circunstancia de que los hijos no están sometidos a la autoridad de los padres no son parte de la familia. Este es un punto en el quiero incidir, pues, tendrá mucha importancia cuando tratemos de demostrar la

---

7 Borda A. Guillermo. Manuel de Derecho de Familia. Novena Edición. Edit. Perrot. 1984. Pág. 241.

10 Spota G Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Familia. Buenos Aires. De Palma. Volumen I, 1962. Vol I. 2 1968, Vol. 3, 1988. Vol. 4, 1990. Pág. 37

hipótesis pues tiene que ver con los menores abandonados o aquellos hijos que crecen y abandonan el hogar.

La Familia por lo tanto se constituye en el objetivo principal de la protección del niño semi-abandonado. No buscando para el niño una familia, sino una familia buscando al niño de estas características por la falta de preocupación de su familia original.

## CAPITULO II

### 2. DERECHO DE FAMILIA.-

2.1. Concepto de Derecho de Familia.- Ya hemos visto que la familia es una comunidad natural, y por lo tanto es una Institución que cumple una función individual y social indiscutible. Esa Institución requiere un ordenamiento, un conjunto de principios y disposiciones que la regulan y la organicen dentro del orden jurídico en general. Ese conjunto de principios y de normas jurídicas reguladores de la familia constituye el Derecho de Familia.

En sentido estricto el Derecho de Familia "es el conjunto de principios jurídicos y de disposiciones legales que tiene por objeto regular los estados familiares y las relaciones jurídicas, personales o patrimoniales que deriva de ellos". (11)

Debemos entender por estado familiar, la condición que una persona tiene en la familia a

---

11 Rosset Gustavo y Zannoni Eduardo. Manuel de Derecho de Familia. Pág 569.

la cual pertenece. Esta dado por vínculos jurídicos que unen a una persona con otra u otras.

Tales vínculos pueden ser el vínculo conyugal, que une a los esposos; el vínculo de parentesco, que unen a las personas que descienden una de otra o las que descienden de un autor común, o las personas entre las cuales se ha creado un parentesco legal que no coincide con la realidad biológica o a una persona con los consanguíneos de su cónyuge y el vínculo de adopción, que une al adoptante con el adoptado.

En sentido amplio, el Derecho de familia comprende además del conjunto de principios jurídicos y normas legales cuyo objeto es regular la organización de la familia, aquellos que determinan la condición de las personas.

En sentido amplísimo podemos conceptualizar al Derecho de familia como aquel conjunto de principios jurídicos y normas legales que tienen por objeto determinar la

condición de las personas, regular la organización de la familia y la sucesión hereditaria.

Podemos señalar que hay varios criterios sobre lo que debe entenderse por Derecho de Familia, no es más que aquella rama del Derecho Privado de contenido social que se expresa en un conjunto de principios jurídicos y de normas que tienen por finalidad regular situaciones personales o patrimoniales emergentes de las relaciones de familia.

**2.2. Características del Derecho de familia.-** La mayoría de los especialistas en la materia coinciden en señalar que no se puede comprender la naturaleza y contenido del Derecho de familia, si previamente no se analiza sus caracteres esenciales; que a nuestro criterio son los siguientes:

**A) Su alto contenido ético.-** La familia es una comunidad natural, ella responde a una serie de instintos y sentimientos de la naturaleza humana.

Esto demuestra que no se encuentra regulada exclusivamente por el derecho, sino también por otros sistemas reguladores de la conducta humana como la moral, la religión y la costumbre, que influyen en el Derecho de Familia como ningún otro. "De la ética y la religión proceden los preceptos más fundamentales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia apropiando lo que la ley presupone a veces y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos". (12)

Por eso, en el campo del Derecho de Familia existen normas cuya violación no acarrea sanción alguna y disposiciones cuya transgresión no producen sino sanción atenuada. Por ejemplo el matrimonio entre primos no está prohibido en nuestra economía política, pero desde el punto de vista ético y religioso, dicha unión es repudiada y no aceptada por la sociedad.

---

<sup>12</sup> Aveledo Deluigi Isabel. Lecciones de Derecho de Familia. Pág. 43.

**B) Transpersonalismo.-** En las otras ramas del Derecho Privado se atribuye en función de tales intereses, por lo que su titular tiene la opción entre ejercerlos o no ejercerlos. En el campo del Derecho de Familia, el ordenamiento protege el interés superior de la familia y los derechos o facultades se reconocen con la finalidad de la consagración de tales intereses por lo que tienen un carácter de función. Esto ha hecho exclamar a muchos autores que se trata de poderes deberes. Son derechos con fin altruista, su ejercicio no queda al arbitrio del titular sino que se convierte en un deber ético frente a las personas subordinadas, frente a la familia y, sobre todo frente al Estado.

**C) Primacía de las relaciones personales sobre las patrimoniales.-** En el Derecho de familia, lo fundamental son las relaciones personales; las relaciones patrimoniales solo se conciben como accesorios de los estados personales. Así por ejemplo del matrimonio surge el deber de los cónyuges de contribuir, en la medida de sus recursos e ingresos, a la satisfacción de sus



necesidades, la obligación alimentaria entre cónyuges, el régimen patrimonial, matrimonial, etc.

**D) Limitación de la autonomía de la libertad.-** Por regla general las normas del Derecho de Familia son de orden público, es decir imperativas e inderogables por convenio de los particulares. Es la Ley y no la voluntad de los particulares, la que regula la relación familiar, el alcance y contenido de los poderes familiares, la eficacia de la relación y los efectos patrimoniales, de un Estado.

**E). Intervención del Estado en la formación de las relaciones jurídicas familiares.-** En el establecimiento de las relaciones jurídico-familiares, el Estado a través del funcionario público competente, interviene en forma activa y determinante de manera que, a demás de la voluntad de las partes, para que nazca el vínculo entre ellos, se requiere adicionalmente, el pronunciamiento del

funcionario, encargado de precautelar el cumplimiento de las normas protectoras de familia.

**2.3. Del Parentesco:** Si se considera que el parentesco es un instituto que tiene que ver con el vínculo entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco común o de un ascendiente común; debemos considerar que hay necesidad en el presente trabajo así sea de paso analizar los distintos vínculos familiares.

Esos parentescos son:

#### **2.3.1. Grado.--**

El parentesco de consanguinidad, que es la relación entre personas que descienden la una de la otra o que proceden de un ascendiente o tronco común (art. 8vo Código de Familia).

Este parentesco relaciona a los hombres por la sangre que en Roma recibía la denominación de parentesco cognaticio por oposición al parentesco agnaticio que

establecía el parentesco de los que descienden por línea recta masculina, no interrumpida de un tronco común.

En el derecho moderno la denominación ha cambiado por que se considera consanguíneo a quienes tiene en común al padre; pero no a la madre y se llaman uterinos a quienes tienen en común a la madre pero no al padre. Ambas forman la categoría de los hermanos unilaterales, porque son parientes entre sí, pero de un solo lado en contraposición a los bilaterales que tienen el mismo padre y la misma madre (Hermanos Germanos).

Se denomina tronco al grado de donde arrancan dos o más líneas, las cuales por relación de su origen, se llaman ramas que se subdividen en brazos y así sucesivamente.

La proximidad del parentesco se establece por el número de generaciones: cada generación constituye un grado y el

orden seguido de los grados forman la línea.

### **2.3.2. Línea.-**

Existen dos clases de líneas: Directa y la Transversal o Colateral. La línea directa se divide en descendiente y ascendiente; La primera es la que liga al tronco con las personas que descienden de él, y la segunda la que liga a una persona con aquellas de quienes desciende. La línea directa puede ser paterna o materna. La línea transversal o colateral es la que vincula con las personas a que no desciendan unas de las otras pero que tienen un tronco común.

Es necesario también dejar establecido que la mayor o menor proximidad en cada línea, se establece por los grados constituyéndose cada grado en una generación.

La línea es una especie de escala donde los parientes están clasificados en su clase y rango mientras el grado puede representarse como el peldaño, el escalón de esa escalera llamada línea.

El computo de grados en la línea directa se la realiza computando tantos grados como cuantas son las generaciones excluyendo al tronco. En la línea colateral los grados se computan por el número de generaciones subiendo desde uno de los parientes hasta el tronco común y descendiendo luego hasta el otro pariente siempre excluyendo al tronco.

El parentesco civil o adoptivo se establece por adopción entre el adoptante y el adoptado y los descendientes que les sobrevengan a este último.

Por otra parte existe el parentesco por afinidad que es el lazo familiar que une a los cónyuges con los parientes del otro esposo. El matrimonio es la única

fuente de esta unión. Sus efectos se limitan a las obligaciones de la asistencia familiar y a los impedimentos para contraer matrimonio entre ciertos afines. Dentro de este tipo de parentesco podemos citar la cuñadés. (<sup>13</sup>)

Esta clasificación es importante porque cualquiera de estas dos formas de parentesco podrían asumir la Tutela Relativa o Provisional de los niños SEMI-ABANDONADOS.

## 2.4. Patria Potestad.

2.4.1. Concepto y Definición.- Se entiende por Patria Potestad "aquel conjunto de derechos que tienen los padres respecto de las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados". (<sup>14</sup>)

---

<sup>13</sup> Morales Guillén Carlos, Código de Familia. Anotado y concordado. Pág. 102.

<sup>14</sup> Belluscio Augusto C. Suspensión del Ejercicio de la Patria Potestad por ausencia de los Padres. "Tenencia de los Hijos". Buenos Aires. LL, 1982-B-144. Pág 44.

Consideramos que este concepto clásico ha sido superado en los tiempos actuales toda vez que el ejercicio de la patria potestad no solamente implica la existencia de derechos sino también de obligaciones, por ello es que debemos definir a la patria potestad como aquel conjunto de deberes y derechos que correspondan a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

Esto nos está demostrando que la patria potestad se caracteriza por conferir a los padres derechos y deberes sobre sus hijos menores, respecto a los cuales tienen autoridad pero a su vez implica también en la crianza alimentación y educación conforme a su condición y fortuna, no solo con los bienes de sus hijos sino con los suyos propios.

Es necesario dejar establecido en

forma clara que en la concepción moderna de la patria potestad (derechos - deberes) de los padres respecto de sus hijos no son meros derechos subjetivos, organizados sobre la base de interés individual del titular del derecho, sino principalmente considerando el interés del otro sujeto. (En el caso, del menor bajo patria potestad), por lo cual, los derechos que se confieren a unos frente a los otros implican correlativos deberes. Así, por ejemplo, si bien los padres tienen el derecho de educar y mantener a sus hijos, tienen a su vez esos mismos deberes; y si en el desarrollo de la vida surgen incidencias respecto a decisiones de los padres vinculadas a la educación de los hijos, o a la forma en que provisen a su mantenimiento, y toca al Juez dirimir el conflicto planteado, lo hará atendiendo al mejor interés del menor en cuanto a su educación y a su mantenimiento, y no a la mera conveniencia del padre. (15)

---

<sup>15</sup> Azpiri Jorge C. "La Patria Potestad en las sextas Jornadas de Derecho Civil", LL, 1977-D-J013



2.4.2. **Ejercicio Unipersonal, Conjunto e Indistinto.**- Las modalidades con la que puede organizarse el ejercicio de la patria potestad son, en líneas generales, las siguientes:

- Ejercicio unipersonal, o sea cuando se concentran todas las facultades de ejercer la patria potestad en un solo progenitor;
- El ejercicio conjunto es el sistema conforme al cual, los actos respecto de la vida y los bienes de los menores, deben ser decididos por ambos padres;
- Ejercicio indistinto, es el sistema que admite que los actos sean realizados por cualquiera de los padres con plena validez.

Este es un acápite muy importante en la demostración de la hipótesis, pues, nos permitirá explicar con gran facilidad la

patria potestad y la tutela sobre los menores **SEMI-ABANDONADOS**.

Como se observa el ejercicio conjunto presenta, como dificultad práctica, en el engorro que significa requerir el consentimiento de ambos padres para cualquier acto, lo cual puede afectar el desarrollo de la vida y los intereses de los menores. Por su parte, el ejercicio indistinto implica que aún los actos más trascendentales respecto de la vida del menor sean decididos por cualquiera de los progenitores; en tanto que para el interés de aquél, resulta más conveniente que la reflexión respecto a la pertinencia del acto sea hecha por ambos padres; asimismo este ejercicio posibilita la realización de los actos por el progenitor más veloz, y no el más reflexivo o atinado, lo que puede estar en contra del auténtico interés del hijo.

**2.4.3. Deberes y Derechos de los Padres y de los Hijos.-** Es indudable que observando la normatividad vigente en nuestro país sobre todo, el Código de familia y el Código del Menor son más los deberes que derechos que tiene los padres sobre los hijos y a la inversa, son más los derechos de los hijos que los deberes de estos frente a sus padres.

La autoridad de los padres es prácticamente decorativa; lo real es el sometimiento del padre al hijo en una especie de servidumbre personal con lo cual no estoy de acuerdo como explicamos anteriormente los derechos y los deberes deben ser correlativos.

Sin embargo, solamente con fines enunciativos y sin buscar una polémica, me limitaré a hacer una descripción de los deberes y los derechos tanto de los padres como de los hijos.

- **Derechos de los padres y deberes de los hijos.-** Consideramos los siguientes:

a). El hijo en toda edad y no solamente en su minoridad debe honrar y respetar a su padre y madre.

b). Los padres tienen derecho a heredar a sus hijos cuando estos últimos les premueran.

c). Los padres tienen derecho a administrar el patrimonio del hijo y representarlos en los actos de la vida civil.

d). Los padres tienen derecho a ser asistidos mediante una remuneración económica cuando no pueden proveerse recursos económicos por sí solos, por ancianidad, enfermedad u otro hecho.

- **Deberes de los padres y derechos de los hijos.-** Consideraremos los siguientes:

- a). Proteger de manera adecuada la vida intrauterina, preservando problemas físicos o psíquicos que puedan presentarse después del alumbramiento.
- b). La guarda del hijo que implica amparo y protección.
- c). Darle una adecuada educación e instruirlo para que pueda asumir en el futuro responsabilidades acordes con su capacidad cognoscitiva y volitiva.
- d). Encaminar y corregir adecuadamente la conducta del hijo, evitando que pueda asumir conductas o actos reñidos a la moral, las buenas costumbres y la ley.

- e). Durante su minoridad proveerle los medios económicos necesarios para su manutención, y lo que implica tener una vivienda, dotarle de vestimenta y proteger su salud.
- f). Los hijos tienen derechos mientras no sean emancipados a vivir en un hogar, como núcleo central de la familia.
- g). Ser respetados en su moral y reconocer sus aptitudes.
- h). Derecho a heredar a su progenitores cuando estos premueran.
- i). A que sean administrados correctamente sus bienes, pues, a título de patria potestad los padres no pueden revazar el simple usufructo que tienen sobre los bienes de sus hijos.

j). Tienen derecho a no ser abandonados ni moral ni materialmente.

## CAPITULO III

### 3. TUTELA DE LOS MENORES.

#### 3.1. Origen.-

\* **En el Derecho Romano.-** En el Derecho Romano la Tutela era considerada como poder jurídico sobre los menores que no han llegado a la pubertad y no se encuentran sometidos a la patria potestad y las mujeres en general que no se hallan bajo aquella potestad, ni la manus marital. Prima en este orden un sentido de protección al régimen familiar y en beneficio de los agnados.

Así Servio Sulpicio y Ciceron establecen la tutela como un poder dado y permitido por el derecho civil sobre una sobre una cabeza libre para proteger a quien a causa de su edad, no puede defenderse por sí misma.

Los requisitos para ser tutor eran los siguientes:



- Ser libre, ciudadano del sexo masculino.

Las excusas para ejercer la tutela eran las siguientes:

- Tener 75 años o 25 años
- Ejercer un cargo público
- Por pobreza e ignorancia
- Tener un determinado número de hijos
- Tener a su cargo 3 tutelas o 3 curatelas

#### **Designación.-**

- Testamentaria.- La Ley de las XII tablas establecía que a tiempo de elegir un heredero se debía también designar un tutor. Al principio solo podía nombrar al tutor el pater familis para el hijo que, a su muerte quedara sui iuris o impúber.

En la época clásica el pater familis nombraba un tutor para el hijo emancipado que debería confirmado por el Magistrado (la madre podía ejercer la tutela).

- Legítima.- Procede cuando el tutor no a sido designado por testamento, la ley de las XII tablas designaba como tutor, a un agnado más próximo a falta de ellos podían ser los gentiles o en su caso un tutor designado por el Magistrado.

- Nombramiento por Magistrado (Dativa).- La Ley Atilia confería nombrar tutor al pretor urbano. La Ley Julia Titia para los gobernadores de las provincias. En la época de Claudio ese derecho se le conferían a los cónsules y por último con Marco Aurelio se estableció el tutor especial pretor tutelaris (es decir el prefecto de la ciudad).

**Funciones del Tutor.**- Se establece el siguiente principio "tutor personae non rei datur" (el tutor es dado a la persona no a la cosa) es decir el tutor no solo debe cuidar las cosas de tutor sino complementar su personalidad jurídica de donde se establece la autorictas gesti. Autorictas, es la autoridad, el derecho, el poder, en este caso de aumentar la

personalidad jurídica del pupilo y gestión que es conducir negocios, administrar o gestión de los bienes durante 7 años.

Existían ciertas restricciones a este derecho por ejemplo no podían ejercer ciertos derechos o dar su autoridad para donaciones, usucapiones y recibir dinero en favor del pupilo

**Inicio de la Tutela.-** La tutela se inicia cuando el tutor realiza un inventario de las cosas encargadas de vigilar y mediante un acto solemne que consistía en prometer conservar las cosas del pupilo ante el Magistrado. Con Justiniano antes de ejercer la tutela debería responder si era deudor o acreedor del pupilo, esta declaración lo excluía de la tutela.

**Fin de la Tutela.-**

Por causa del Pupilo:

- Muerte
- Pubertad
- Cuando una persona deja de ser sui juris

Por causa del Tutor:

- Muerte
- Destitución o excusa presentada

**Disposiciones a Favor y en Contra del Tutor.-**

Se establece la responsabilidad por falta grave o dolo. La Ley de las XII tablas establecía la acción *rationibus* que es la acción que precedía por motivo de haberse llevado algo, es de carácter penal. En la república se establece 4 acciones; la Acción *Tutelae* directa (la acción directa de tutela); Rendición de Cuentas; la Acción *Tutelae* indirecta (consiste en el pago de los gastos hechos por el tutor); *Privilegium exigenti* (que es el privilegio de exigir contra la insolvencia del tutor, cobrar antes de los acreedores quirografarios); *Integrum restitutio* (la restitución de un primer asunto a su estado).

\* **En el Derecho Español Antiguo.-** Eduardo Bozo estableció 4 fases:

- En el Fuero Juzgo se nombraba tutores a los menores de 15 años, huérfanas de padre

por orden de la madre que podían ser los hermanos, tíos, primos en esta fase no existía diferencias entre tutela y curatela.

- En el Fuero Viejo se establecía la tutela dativa con la cual se prohibía a los menores de 16 años actos de venta, donaciones y gravar sus bienes.

- El Fuero Real le da el carácter de remuneración a la función del tutor y se responsabiliza por la negligencia que hubiere causado daño al pupilo.

- Las Leyes de las Partidas establece la distinción entre menor puer e impúber y fue la primera que estableció la diferencia entre tutela y curatela y estableció la tutela testamentaria.

**3.2. Concepto.-** La Tutela es una institución destinada al cuidado y dirección de los menores de edad que no están sujetos a patria potestad, sea porque ambos padres han muerto o los menores con filiación desconocida o porque ellos han sido privados de la

patria potestad. En tal caso, como el menor de edad no puede quedar en desprotección que significa no contar con alguien que dirija y se ocupe de los problemas atinentes a su persona y sus bienes, es necesario designarle tutor. Por ello el art. 283 del Código de Familia dice: "se abre la tutela de los menores cuando sus padres fallecen, cuando por otra causa pierden su autoridad o están suspendidos en ejercicio de ella, e igualmente cuando la situación familiar de dichos menores no se halla establecida".

Según Laurent, el fundamento de la Tutela está en *jus naturalis*, pues la naturaleza da al menor un protector en sus padres y cuando tiene la desgracia de perderlos, la ley subsiste y la naturaleza enseña que la protección no pueda faltar haciendo que el celo y cuidado de los padres sean en parte reemplazado por un tercero llamado tutor. (16)

**3.3. Caracteres de la Tutela.-** De acuerdo con lo manifestado anteriormente la tutela tiene los siguientes caracteres:

---

<sup>16</sup> Cafferata I. José. La Guarda de los Menores. Buenos Aires. Edit. ASTREA, 1978. Pág. 146.

- Es una función supletoria, pues opera cuando el menor no tiene padres en ejercicio de la patria potestad.

- es una función unipersonal ya que solo puede ser ejercida por una sola persona (art. 284 del Código de familia).

- Es una función personalísima e inexcusable, pues, es un cargo personal que no pasa a los herederos y del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente.

**3.4. El Tutor debe ser una Persona Física.-** La razón de ser de la tutela exige que esta se encomiende a personas físicas, y no a sociedades o establecimientos de beneficencia. Solo a través de la concentración en una persona de las facultades y deberes atinentes a la conducción de la situación similar equivalente a la atención que tales aspectos reciben de los padres.

Por esta razón no pueden ser tutores por causas físicas o psíquicas los mudos o sordomudos y los que sufren de enfermedades mentales que les privan de la

razón. Tampoco los que no pueden asegurar una buena administración, como ocurre con los desaparecidos o ausentes o los que no tienen una residencia fija.

Por extensión consideramos que tampoco puedan ejercer la tutela los que no tienen un trabajo o medios de subsistencia conocidos. Los que son de mala conducta notoria, ó los que hubieran malversado bienes de otro menor, los que hubieran sido removidos de otra tutela, los condenados a penas privativas de libertad, los parientes que no pidieron tutor para el menor que no la tenía, los que hubieran sido privados de la patria potestad de sus hijos y los que tuvieran intereses opuestos al menor, tales como la de ser acreedores o deudores de éste; siendo excluidos por razones morales.

**3.5. Control del Juez y del Ministerio Público de Menores.-** El ejercicio de la tutela se halla permanente, bajo el control del Juez, ya que los menores que carecen de padres, o cuyos progenitores han perdido la patria potestad o su ejercicio quedan bajo una especie de patronato del Estado que es



ejercido por los jueces tutelares de menores, por el Ministerio Público, a través de sus Fiscales y por ONAMFA.

A su vez, en todos los actos y gestiones judiciales que están interesadas las personas o los bienes de los menores o incapaces, es necesario la intervención prolija del Juez tutelar de menores como observaremos más adelante.

**3.6. Clases de Tutela.-** Se distinguen la tutela testamentaria, la legal y la dativa; a las cuales podemos agregar; las tutelas especiales dentro de las cuales pretendemos modestamente incorporar la tutela de los menores **SEMI-ABANDONADOS** que es objeto del presente trabajo;

- Tutela Testamentaria.- Los padres en ejercicio de la Patria Potestad "pueden designar tutor para sus hijos a efectos que ejerza este cargo después de su fallecimiento"; (17) tal designación

---

<sup>17</sup> Barros Errazuriz Alfredo. Curso de Derecho Civil. Vol. 4. Edit. Nascimento Santiago-Chile. Pág 568.

puede hacerla cada uno de los padres en su testamento.

- Tutela legal.- Si los padres no hubiesen elegido tutor, o el designado no aceptare o falleciera o fuera removido del cargo, el Juez deberá nombrar a algunos de los parientes más próximos como ser los abuelos, tíos, hermanos, o medios hermanos del menor, sin distinción de sexos.

- Tutela dativa.- Cuando no existen parientes o cuando el Juez encuentra que ninguno de ellos es idóneo para ejercer el cargo, será el quién directamente designe el tutor.

- Tutela especial.- Esta tutela se establece para un acto o negocio especialmente determinado. Es así que se designará tutor especial al menor, aun estando bajo patria potestad, "cuando sus intereses estén en oposición con los de sus padres, o al menor que tiene tutor, cuando sus intereses económicos están opuestos a los

del tutor, o a los de otro pupilo de su tutor". (19)

**3.7. Discernimiento de la Tutela.-** Para que el tutor entre en funciones el cargo debe serle discernido. Este discernimiento, es el acto por el cual el Juez enviste a una persona en el carácter de tutor; lo cual demuestra que la tutela no opera de hecho sino previa declaración judicial aun cuando la tutela haya sido dada por los padres (testamento).

Previo el discernimiento de la tutela, el tutor nombrado por el Juez debe prestar juramento para el buen desempeño de sus funciones y administración siendo el Juez competente, el Juez del lugar donde los padres tenían su domicilio en el día de su fallecimiento.

**3.8. Derecho y Deberes del Tutor.-** El tutor tiene el derecho y el deber de ejercer la guarda del menor, es decir tener consigo al pupilo viviendo en su misma casa.

---

<sup>19</sup> Bosset A. Gustavo y Zannomi A. Eduardo. Obra citada. Manuel de Derecho de Familia. Pág. 568.

Solo se prevé el desmembramiento de la guarda en el caso del menor que recibe alimentos de un pariente, quién entonces puede solicitar al Juez que viva con él y puede encargarse. (19)

El tutor no esta obligado a suministrar de su propio peculio, lo necesario para educación y alimentos de su pupilo, pues para tales gastos se aplicarán las rentas necesarias de los bienes del menor y cuando estas son insuficientes el Juez puede autorizar al tutor para que emplee parte del capital en alimentos y educación.

Si el pupilo no tuviere bienes, el tutor, con autorización del Juez, podrá demandar por alimentos para el pupilo a los parientes de este. Es más sino hubiere parientes en condiciones de suministrar alimentos, el tutor podrá, con autorización judicial, contratar el aprendizaje de un oficio y también poner en casa de un tercero o en última

---

<sup>19</sup> Este es el criterio que predomina en materia de tutela según la opinión de Daniel H. D' Antonio. Derecho de Menores, 3ra. Edición. Buenos Aires. Edit. ASTREA. 1986.

instancia, en un establecimiento público o privado de beneficencia que asuma la guarda del menor y por tanto los gastos de educación y alimentos.

## CAPITULO IV

### 4. MENORES SEMI-ABANDONADOS

4.1. Concepto.- De nuestra parte, podemos ensayar un concepto sobre los menores SEMI-ABANDONADOS, señalando que es; "aquella situación jurídica en la que se encuentra un menor de edad, no emancipado y que uno de los padres naturales o adoptiva ha muerto o fue declarado interdicto y el otro ha desaparecido o lo ha abandonado; siendo sujeto de tutela".

Este concepto nos demuestra que la situación del menor semi-abandonado perfectamente puede encuadrarse dentro de la tutela, como Institución de Orden Público destinada al cuidado, amparo, dirección de estos menores, sobre los cuales no existe una persona que material, moral y jurídicamente, pueda ejercer la patria potestad y se encuentran en situación de franco abandono, porque hay una especie de ruptura de hecho y de derecho con sus padres, que constituían el eje del núcleo familiar.

**4.2. Caracteres.-** Ensayado el concepto sobre los menores semi-abandonados, hay necesidad de establecer sus características, que en nuestro criterio serían las siguientes:

- A. Es una situación jurídica.- Porque se trata de un estado en que se encuentra un sujeto, titular de derechos y deberes subjetivos. Esa condición amerita una serie de efectos jurídicos, que los analizaremos posteriormente.
  
- B. Se trata de un menor de edad no emancipado.- Esto porque, únicamente un menor de edad no emancipado, es incapaz de proteger su persona y sus bienes; no pudiendo existir abandono tratándose de un mayor de edad o de un emancipado por matrimonio.
  
- C. Fallecimiento o interdicción de uno de los padres.- Siendo en mi criterio, indiferente que se trate de padres consanguíneos o adoptivos.

D. El otro padre haya desaparecido o abandonado.- Esta característica es la más importante que constituye la médula del presente trabajo y porque ocurre en la realidad, que después de la muerte de uno de los padres, el otro cónyuge, en lugar de cumplir con su deber de protección, manutención y amparo de sus hijos, desaparece, por cuestiones de: trabajo (el desempleo obliga a muchos emigrar a otros lugares en busca de mejores oportunidades); políticas (persecución, exilio,); enfermedades (alcoholismo, drogadicción, sida, y otros) o bien los abandona, porque entran en relación concubinaria con una tercera persona, cae preso por la comisión de un delito, siendo recluido por mucho tiempo.

E. Sujeto de Tutela.- El estado de semi-abandono, debe llevar como consecuencia necesaria, a que ese menor sea sujeto de tutela provisional o relativa, para que una persona mayor, un familiar o un



tercero, se haga cargo de su cuidado, protección, manutención y dirección, porque de lo contrario, constatamos la tragedia de observar niños en la calle, padeciendo hambre, miseria, drogadicción, enfermedades y otros males.

#### **4.3. Confrontación del Problema o Legislación Boliviana.-**

**4.3.1. Análisis Crítico de la Tutela en la Legislación Boliviana.-** Nuestro Código de Familia, puesto en vigencia mediante Decreto Ley No.10426 de Agosto de 1973, que entró en vigencia el 2 de Abril de 1973, le dedica el Título II, Capítulo I, del Libro III, a la TUTELA de los MENORES, estableciendo en el Art.283 que la tutela de los menores se abre cuando sus padres fallecen, pierden su autoridad o están suspendidos en el ejercicio de ella, e igualmente cuando la situación familiar de dichos menores no se halla establecida.

Esta norma es muy importante, porque sigue la corriente doctrinal de la legislación francesa, que señala como requisito fundamental para la apertura de la tutela; el fallecimiento, o pérdida o suspensión de la patria potestad de ambos padres, basado en el argumento de que si solo fallece uno, la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados recae sobre el otro cónyuge, en forma automática. (20)

Esta situación, no cambió desde el Código Civil Santa Cruz ,en cuyo art. 207 se establecía "Si el ultimo de los padres que ha muerto y no a elegido un tutor, la tutela pertenece al abuelo...". (21)

Como se observará la norma jurídica es incompleta e injusta en la protección y

---

<sup>20</sup> Josserand Luis. Derecho Civil Tomo I Vol. 2. La Familia. Ediciones Jurídicas Europa América. Edit. boch y Cia. Buenos Aires. 1950

<sup>21</sup> Código Boliviano Compilado especial hecha por el Dr. Ramón Salinas Mariaca. 3ra. Edición Gisbert Cia. Libreros Editores La Paz. 1955. Pág 27.

amparo de aquellos menores, que no habiendo perdido a ambos, sino a uno solo de ellos, los abandonan a su suerte.

En los Tribunales de Justicia de nuestro Distrito Judicial, de cada 10 demandas sobre Tutela de Menores, por lo menos 4, son rechazados porque no han fallecido ambos padres, dado que los Jueces, Fiscales e Instituciones, como la Ex-Dirme y actual ONAMFA, exigen la presentación de los certificados de defunción de ambos padres o en su caso el Testimonio del proceso sobre pérdida o suspensión de autoridad paterna o materna (ver cuadro No. 2 y 3, anexo).

De los anterior se puede observar que la tutela en nuestra economía jurídica se caracteriza:

- a). Por ser absoluta, porque tiene que existir un abandono pleno o total del menor, con la muerte de ambos padres.

- b). Es rígida, porque no permite acomodar a su normatividad a otros menores cuya situación es complicada e irregular.
- c). Es contraria a los fundamentos constitucionales, que establecen como deber fundamental del Estado la protección de la salud física, mental y moral de la infancia y defensa de los derechos del niño al hogar, y a la educación.
- d). Es injusta, porque existiendo personas con capacidad económica, moral que desean hacerse cargo de la tutela de los menores en estado de semi-abandono, no pueden hacerlo, justamente por que la tutela es demasiado rígida, al exigir la muerte de ambos padres.

4.3.2. Diferencias entre menores en estado de abandono y semi-abandono.- Podemos afirmar que son menores en estado de abandono los siguientes:

MENORES ABANDONADOS:

- a). Los que han perdido sus padres por causa de muerte.
- b). Los que tienen ambos padres declarados enfermos mentales.
- c). Los que tienen a padres que han perdido la PATRIA POTESTAD, con sentencia ejecutoriada.

Todos estos menores abandonados se encuentran protegidos por el Código de Familia respecto a los cuales se abre la tutela como institución de derecho universal, basado en un deber social de acudir a la defensa y protección de la persona y bienes de quien, por su

incapacidad, nacida de la edad u otras causas, no puede manejar su persona y sus intereses.

A estos menores que se aplican las diversas clases de la tutela, tales como la testamentaria, la legal, la dativa, o la tutela especial, debiendo aplicarse los Arts.284 - 285 - 286 - 287 - 190 - 191 - 192 y siguientes del Código de Familia, que se refieren a la denuncia que debe hacerse por cualquier persona o por autoridad pública como ser los fiscales, miembros de ONAMFA, policía, etc.; ante el Juez Tutelar del Menor, para que se proceda a la apertura de la tutela, se designe al tutor cumpliendo ciertos requisitos como los siguientes: tratarse de una persona de conducta intachable; idónea para el ejercicio del cargo; no estar incapacitado para ejercer este derecho subjetivo (luciendo todas sus facultades), pero sobre todo deberes bajo la vigilancia del Juez del discernimiento de la tutela con participación activa del

Ministerio Público y del organismo del Estado como función o protección de los menores como es ONAMFA. (ver anexos, cuadro 4).

**Menores SEMI-ABANDONO.-** En mi criterio partiendo de lo anterior puedo afirmar, que son menores en estado de semi-abandono los siguientes:

- a). Aquellos niños que han perdido por muerte a uno de sus padres y el otro los abandona.
- b). Aquellos que habiendo nacido de una relación extramatrimonial, muerta la madre el padre natural se niega reconocerlos y protegerlos abandonándolos.
- c). Aquellos que han perdido a uno de sus padres por muerte y el otro cae preso por la comisión

de un delito, y es recluido por un tiempo más o menos prolongado.

d) Aquellos que han perdido a uno de sus padres y el otro ha desaparecido por ausencia.

e) Aquellos que han perdido a uno de sus padres por muerte y el otro pierde o es suspendido del ejercicio de la patria potestad.

f). Aquellos cuyos padres estando aun vivos, ambos caen presos, y son recluidos por un tiempo más o menos prolongado.

g). Aquellos que tienen a sus padres en el exterior por un tiempo indefinido.

h). Aquellos niños cuyos padres aún viviendo son alcohólicos.



- i). Aquellos cuyos padres sufren de enfermedades mentales.
- j). Aquellos que son abandonados por sus dos padres.
- k). Aquellos que tiene a uno de sus padres muerto y al otro a perdido o ha sido suspendido su patria potestad.

Todos estos menores no se encuentran protegidos en nuestra legislación pues al tenor de las normas antes descritas respecto a estos incapaces no se abre la tutela colocándolos en una situación difícil, porque desde niños ellos mismos aprenden a cuidarse, alimentarse, vestirse, educarse, pues el resultado se lo observa a diario en las calles, plazas. Así por ejemplo los lustrabotas, dulceros, los que venden cigarrillos u otros productos, los que se dedican a trabajar en servicio de transporte público, etc.

son menores no en total abandono, sino de semi-abandono en las situaciones antes descritas.

Un buen número de estos menores echados por esta sociedad y por la Ley injusta a la calle y a su suerte, se han visto privados de protección de un tutor (ver cuadro No. 5, anexo), que puede ser un pariente o un tercero. El mismo que acudiendo al Juez Tutelar de menores se ha visto rechazada su pretensión por el carácter absoluta y rígido de la tutela en nuestra economía jurídica, como lo hemos demostrado anteriormente.

**4.3.3. Contradicción entre la Constitución Política del Estado y el Código de Familia.-** Nuestra Constitución Política del Estado, puesta en vigencia el 2 de febrero de 1977 dedica el Título V, Tercera Parte, a la protección del matrimonio, la familia y la maternidad, sentando como principio básico, ciertas Instituciones que son de orden público

cuya protección esta a cargo del Estado. Es más, se declara la igualdad de derechos de los cónyuges y de los hijos.

Asimismo, de manera expresa se establece en favor de los menores la autoridad de los padres y la tutela que tienen como finalidad esencial la protección de la salud física, mental, y moral de la infancia y la defensa plena, total, absoluta de los derechos del niño a un hogar y a la educación.

Estos mandatos constitucionales, en mi criterio son líricos, pues como venimos demostrando no se los cumple, por una serie de problemas sociales, económicos, morales que tienen que soportar los niños en su infancia (ver cuadro No. 7) y adolescencia; lo cual se agrava trágicamente con los menores en estado de abandono, y los menores semi-abandonados. Pero la desprotección de los incapacitados para proteger su persona y sus bienes no solo conlleva a problemas económicos,

morales o sociales sino también jurídicos, pues en una flagrante contradicción con los preceptos constitucionales previstos en los artículos 193 - 194 - 195 - 196 - 197 y 199 del Código de Familia y no permite la tutela de una cantidad enorme de menores que se encuentran en estado irregular o **SEMI-ABANDONADOS** porque nuestros jueces tutelares de menores y acostumbrados a señirse a la letra muerta de la norma, rechazan las demandas que plantean por ejemplo abuelos paternos o maternos, hermanos mayores, primos, tíos, o terceros interesados en tener la tutela de estos menores; esto se comprobó en las encuestas que se realizaron a los Jueces de Familia, quienes de manera tajante señalan que no pueden proceder al nombramiento de un tutor porque no está regulado en la legislación, pues según su criterio el Juez ciñendose a la ley tiene que exigir la presentación del certificado de defunción de ambos padres o los testimonios del proceso sobre la pérdida o

la suspensión de autoridad paterna o materna. Yo pregunté si es que acaso no se podía aplicar la última parte del Art. 283 del Código de Familia que señala que se abre la tutela también "Cuando la situación familiar de dichos menores no se halla establecida". La respuesta casi en forma unánime es que cuando el Código habla de menores en situación familiar no establecida se refiere.

Que: a los menores expósitos o de padres desconocidos no regula para nada la situación de aquellos menores que solo han perdido a uno de sus padres, pero el otro los ha abandonado o está ausente o se encuentra recluido en una cárcel pública, o padece de una enfermedad grave o infecto-contagiosa o cuyos padres son alcohólicos o enfermos mentales y no existe persona capaz que pueda protegerlos. Si bien se abre la tutela para estos menores, rara vez procede, lamentablemente por ser un trámite; moroso, costoso y tedioso. Mientras tanto

el niño queda en total abandono. Así por ejemplo, en el caso de un padre alcohólico que tiene la tutela de su hijo, como colorario de todo lo anterior sin temor a equivocarme considero que hay contradicción entre la norma Constitucional y la Legislación Familiar; porque no hay protección del Estado de una cantidad enorme de menores y; por el contrario se contribuye a poner un obstáculo legal, a que muchos de esos menores encuentren un tutor, porque la ley es demasiado cerrado. En mi criterio el legislador no hizo un estudio completo de la Institución de la tutela porque lastimosamente en esta materia, se rigieron en moldes y paradigmas europeos, o de otras legislaciones que se encuentran en la misma situación y creen que la tutela simplemente es supletoria y no una Institución de carácter público.

**4.3.4. Necesidad de Proteger a los menores en estado de SEMI-ABANDONADOS permitiendo la Tutela Provisional.**

La protección de la infancia y sus sucesivos períodos de existencia, a tenido en Bolivia un desarrollo progresivo. Sin embargo es necesario reconocer que los sistemas empleados destinados a su protección no han cumplido a cavalidad con los nobles objetivos que inspiraron la necesidad de su aplicación pragmática, no otra cosa significa la creación de Instituciones tales como la Junta Nacional de Acción Social (J.N.A.S.), y la Organización Nacional del Menor, la Mujer y la Familia (ONAMFA).

No obstante que se producen problemas de hondo sentido y que no encuentran solución sobre todo en el problema del niño abandonado por que nuestra Legislación es restrictiva burocrática e insuficiente; pero pese a dichas limitaciones, su importancia y concretización es cada ves mayor en nuestro país, por efectos de la crisis económica y las graves secuelas sociopolíticas, que se vienen

confrontando. De ahí, que es cada vez mayor el número de menores en situación irregular que precisan ya sea de una adopción o de una tutela, por lo que creo que hay necesidad de revisar: **El Título II Capítulo Primero, Sección 1 y 2 del libro Tercero del Código de Familia,** sobre tutela de menores dándole un carácter amplio, sumario y gratuito y de esta manera darles protección y cariño a estos niños en estado de **SEMI-ABANDONO** y una oportunidad para que un tercero con solvencia económica, moral y de buenos antecedentes se haga cargo de su protección cuidado y dirección.

Por estadísticas realizadas últimamente en SEMPAS solo en La Paz existen mas de **CUATRO MIL NIÑOS EN ESTADO DE ABANDONO** (ver anexos, cuadro 4) y más de **SIETE MIL EN ESTADO DE SEMI-ABANDONO,** (ver anexos, cuadro 5) Es por esta razón que en el presente trabajo planteo la necesidad de disminuir esta cantidad admitiendo la tutela, en favor de los



menores en estado de SEMI-ABANDONO dándoles un hogar, donde puedan tener una vida sana y la posibilidad de acceso a la educación, porque, salvando algunos casos excepcionales, la mayoría de los tutores desarrollan afecto y amor a sus pupilos casi en forma idéntica a sus hijos ya sea por razones afectivas de relación familiar o inspirados en el amor al prójimo que, tiene su base en el altruismo.

Durante la investigación, hemos realizado en las calles de nuestra ciudad con menores en situación irregular, tanto de abandonados o SEMI-ABANDONADOS, hemos establecido los siguientes indicadores: la edad de la minoridad abandonada o semi-abandonada investigada oscila entre los 6 a 16 años, dándose la mayor concentración entre los 7 a 14 años, prevaleciendo el sexo masculino. (ver cuadro 9)

Menores que impulsados por problemas económicos, salen de su hogar en busca de

subsistencia y de su vida en la calle.  
(ver cuadro 7)

Menores, que al encontrarse en la calle con un mundo cruel despiadado donde no hay contemplación con su situación, encuentran diversas actividades que les permiten subsistir adquiriendo una determinada forma de vida.

Menores, que ante la falta de una actividad que pueda retribuirles algún dinero se dedican a actividades ilícitas como el robo, el hurto, cuando no al atraco.

Menores, que ante la falta de un calor hogareño y el hambre se dedican a la drogadicción, cuando no al alcoholismo. En fin menores que trabajan, comen, juegan, duermen, roban se drogan en la calle.  
(<sup>22</sup>)

---

<sup>22</sup> Informe Proporcionado por la Comisión del Menor en la Primera Jornada del Trabajo llevada a cabo en la ciudad de La Paz el año 1989.

Seguramente se me observará que la tutela, tal cual esta concebida en nuestra legislación familiar y en otras, tiene carácter definitivo salvo la SUSPENSION O CESACION previa resolución judicial prevista por los Arts. 324, 325, 327 y siguientes del Código de Familia.

Esta situación tropezaría con el inconveniente tratándose de menores en estado de SEMI-ABANDONO el porque el padre, que los ha abandonado retorne rectificando su conducta, o el padre que se ha negado a reconocerlo lo reconozca y se haga cargo del menor, o el padre estando detenido obtenga su libertad, o el desaparecido apareciere; o, el que ha sido suspendido de la patria potestad haya obtenido el levantamiento de la misma, o aquellos padres alcohólicos hayan dejado la bebida, o se hayan curado de alguna enfermedad mental; todos estos tendrían el problema de encontrar, a sus hijos, sometidos a la tutela de un tercero, de tal manera que se crearía un conflicto de

intereses, lo que conllevaría a juicios donde cada cual alegaría fundamentos nada desechables.

En mi concepción esta situación no revestiría problema si tratándose de menores **SEMI-ABANDONADOS** se concedería la tutela a los abuelos paternos, o maternos, hermanos mayores, primos, tíos o a un tercero; **solo con carácter provisional**. De tal manera, que en la Resolución de discernimiento de la tutela se señale, el **CARACTER PROVISIONAL** y por lo tanto que la misma puede ser levantada o dejar sin efecto; si el padre natural demuestra su reivindicación en cuanto a condiciones sociales, económicas, morales, psíquicas que a criterio del Juez, demuestre su aptitud para reasumir la patria potestad.

Asimismo, considero que nuestra legislación actual nos señala de manera expresa el carácter de función pública que tiene la tutela, como lo hacen los Códigos: Alemán, Suizo, Mexicano y Cubano

por ejemplo la que determina que hoy en el día la Institución no preste a la sociedad una utilidad en beneficio de los menores en estado irregular, y por ello aún, en nuestra realidad estemos en presencia de tutelas meramente voluntarias, dejadas a la voluntad de los padres a través del testamento o de los familiares.

Por otra parte, no hay en nuestra Legislación Familiar una obligatoriedad para la denuncia y el ejercicio de la tutela, lo que en mi criterio es otra de las causas de abandono y desprotección, contrario a los fines de la Carta Magna vigente, pues, al ser meramente voluntaria la iniciativa se deja a la buena voluntad de algunos parientes o terceros quienes acuden a la tutela solo en razón a los bienes que pertenecen a los menores.

Esto tiene que corregirse en la Ley de que, estableciendo la denuncia el ejercicio de la tutela es obligatoria, sobre todo para los parientes hasta el

cuarto grado de consanguinidad bajo pena inclusive de reclusión, en caso de haber observado una conducta negligente porque dejar al abandono a menores que teniendo la aptitud de cuidarlos debe constituir un delito.

Asimismo observamos el art. 297 del Código de Familia relativa a las personas que están dispensadas de la tutela. Los que tienen 3 hijos. Esta situación no la admitimos porque la tutela no debería estar en relación al número de hijos, sino en directa correspondencia con la capacidad económica y moral de las personas, porque existen personas que teniendo inclusive 4 hijos tienen capacidad y voluntad para ser tutores pues son personas de una alta solvencia económica; esto se observa en empresarios, políticos, jefes militares, policiales; y en otros países en actores, actrices, filántropos, que tienen hijos adoptivos o adoptados o pupilos hasta en número superior a la docena.

## CAPITULO IV

### ANTEPROYECTO DE COMPLEMENTACION AL CAPITULO DE LA TUTELA DEL CODIGO DE FAMILIA

#### 4. DE LA TUTELA PROVISIONAL.-

De la tutela provisional en favor de los menores SEMI-ABANDONADOS, complementación a los artículos 283, 293, 296, 297 y 315 del Código de Familia.

Artículo 283 (Apertura de la Tutela).- Se abre la tutela en favor de los menores cuando sus padres fallecen, cuando por otra causa pierden su autoridad o están suspendidos en el ejercicio de ella, e igualmente cuando la situación familiar de dichos menores no se halla establecido.

(Complementación al art. 283).

a). Se abre la Tutela Provisional en favor de aquellos menores que habiendo perdido solo a uno de los padres, el sobreviviente lo

abandona, se encuentra privado de ejercer la patria potestad por estar preso, enfermo grave, ser alcohólico u otro hecho análogo que ocasiona el desamparo del menor SEMI-ABANDONADO.

b). Para, ejercer la tutela provisional se debe presentar los siguientes requisitos: acreditar documentación de buena conducta, solvencia económica, y además demostrar por cualquier medio el semi-abandono ante Juez competente.

c). Dicha tutela es de carácter provisional, cesa cuando el padre que lo abandonó, desapareció, enfermó, vuelve al lugar, cuando el alcohólico es rehabilitado y el preso recobra su libertad. Demostrando al Juez Competente que está en condiciones de mantener, educar, proteger y vigilar al menor.

Modificación a la DISPENSA de la TUTELA del artículo 297 (Dispensa de la Tutela).- Están dispensados de la tutela:

1) Los militares en servicio activo.



- 2) Los que tienen más de sesenta años de edad.
- 3) Los que padecen de una enfermedad que les impida cumplir el cargo.
- 4) Los que tienen tres hijos bajo su autoridad o ejercen otra tutela.
- 5) Los que residan fuera del lugar donde debe ejercer la tutela o que se ausenten de él con frecuencia por razón de su profesión u oficio.

Modificación pertinente al inciso 2) y 4) del art. 297 de la siguiente manera: Se debe establecer la Tutela en favor de las siguientes personas:

- Los que tienen 18, 19 y 20 años y que sean solventes económica y moralmente.
- Los que tienen más de 60 años de edad.
- Los que tienen varios hijos (más de 4) y están económica, moral y psíquicamente habilitados para el ejercicio de la tutela provisional (por ser de carácter transitorio).

Artículo 315 (Demanda de Asistencia). Si el pupilo es indigente o no tiene los medios necesarios para los gastos para su alimentación y educación, el tutor debe exigir judicialmente que se satisfagan por los parientes moralmente obligados a prestar asistencia, salvo que el mismo tutor sea el obligado a darla, en cuyo caso debe cubrir directamente dichos gastos bajo la vigilancia del juez tutelar y del fiscal.

Se debe ampliar dicho artículo, de la siguiente manera:

**(Demanda de Reembolso)**

- Una vez que el padre recobre la patria potestad, está en la obligación de reembolsar los gastos que hubiera realizado el tutor provisional, si así lo demande éste.
- El tutor provisional podrá demandar al menor por el reembolso de los gastos producidos durante el ejercicio de dicha tutela, cuando este llegue a su mayoría de edad y si este tuviera los recursos suficientes.

Artículo 293 (Tutor Interino).- Mientras se elige tutor en la forma señalada por los artículos anteriores el juez

puede nombrar un tutor interino o poner la persona y bienes del menor al cuidado de un órgano de la Administración Pública o de una entidad de asistencia, según convenga, por un plazo no mayor a quince días.

Dicho artículo se debe complementar con la TUTELA PROVISIONAL

- La tutela Provisional es de carácter transitorio, su duración y cesación deberá estar en función de los siguientes casos:

- a) Mientras dure la rehabilitación del padre que a perdido la patria potestad o esta suspendido de ella.
- b) Cuando aparezca el padre después de una ausencia prolongada.
- c) Cuando no exista una persona idónea para ejercer la tutela
- d) Mientras el tutor este tramitando la tutela definitiva el juez podrá conceder la tutela provisional en favor de este.

De la Denuncia de la Tutela y de la Sanción Penal en caso de incumplimiento. Complementación al Capítulo IV, (Abandono de Niños o de otras Personas Incapaces), al artículo 281 (Denegación de auxilio) del Código Penal.- El que debiendo prestar asistencia, sin riesgo personal, a un menor de doce años o a una persona incapaz, desvalida o en amparo o expuesta a peligro grave e inminente, omitiere prestar auxilio necesario o no demandare el concurso o socorro de la autoridad pública o de otras personas, será sancionado con reclusión de un mes a un año.

Complementación de la siguiente manera: (Denuncia de la tutela y sanción en caso de incumplimiento).-

- a) Toda persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor se halla en situación de ser tutelado, deber hacer denuncias ante el Juez tutelar o el Fiscal a los efectos del artículo anterior.
- b) Siendo un deber la denuncia, las personas ligadas al menor por parentesco de consanguinidad y civil, o la autoridad pública que no cumpla con su obligación, incurrirá en los delitos tipificados en el artículo complementado.

## CAPITULO V

### LEGISLACION COMPARADA

Es necesario dejar claramente establecido que las legislaciones inspiradas en el CODIGO CIVIL FRANCES, entre ellas el anterior CODIGO CIVIL BOLIVIANO DE 1831 consideraba a la tutela como una institución de carácter privado destinado a proteger a los incapaces (menores o enfermos mentales) de tal manera que la aceptación de la tutela de estos sujetos era voluntaria, y es por ello que estando librada al libre arbitrio de las personas al aceptar la tutela de los niños abandonados muy pocas personas, en porcentajes insignificantes se hacían cargo del ejercicio de la tutela, contribuyendo al desamparo de millares de menores.

Esta situación ha venido revirtiéndose en mi criterio a partir del CODIGO CIVIL ALEMAN, pues de un análisis de los Arts. 1773 y siguientes se puede comprobar que la tutela tiene una función pública protegida por el Estado de tal manera que en esa nueva concepción, hay una intervención activa del Estado para proteger de manera más eficaz y amplia a los menores que no tienen padres y que han sido abandonados.

Por otra parte, en este camino del cambio podemos también analizar el CODIGO CIVIL SUIZO, en sus Art. 368 y siguientes, donde se acentúa ya de manera clara y definitiva el carácter público de la tutela sometida a la vigilancia de la autoridad tutelar; la cual tiene una activa participación, de no solamente entregar la tutela a determinadas personas sino de controlar a los tutores, a los pupilos a fin de precautelar su integridad física y sus intereses patrimoniales. Este es un cambio sustancial, pues, con la LEGISLACION FRANCESA, la tutela solo era planteada por personas, cuando los menores o mayores enfermos mentales, tenían patrimonio; porque de esa manera los tutores podían manejar a su libre arbitrio el patrimonio de estos.

El CODIGO CIVIL MEXICANO, establece la tutela para los menores, los interdictos, los débiles mentales, los sordomudos que no saben leer ni escribir, ebrios consuetudinarios y drogadictos (Art. 450) y declara expresamente la tutela como un cargo de interés público, del que nadie puede eximirse sino por causa legítima (Art. 252). Es aquí, donde quiero hacer incapie porque no solo nos está mostrando la Legislación Mexicana el carácter público de la tutela; sino porque además constituye una obligación.

De tal manera que en ese nuevo enfoque, el Estado puede obligar a determinados parientes a tomar la tutela de sus nietos, hermanos, sobrinos, lo cual, constituye un nuevo cambio substancial, introducido por este Código que lo sabemos de corte socialista, y que constituirá una de las conclusiones a las que pretendo arribar.

El CODIGO CIVIL ITALIANO (Art. 343 y siguientes) reconoce también, el carácter público de la tutela y la somete a la vigilancia del Juez tutelar están sujetos a ella los menores y los aquejados de enfermedad mental grave; para los enfermos mentales no graves o inhabilitados; alcohólicos o toxicómanos, sordomudos, y ciegos de nacimiento, o de la primera infancia; se establecen la curatela (Art. 424).

El CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE CUBA, basada en una tendencia de carácter socialista, parte del fundamento de que la tutela es una Institución de carácter público de un organismo llamado Consejo de Tutelas, que funciona en cada municipio, y que establece derechos y sobre todo deberes de los tutores, estableciendo como principio que el primer órgano de protección de los menores en estado de abandono es el Estado, y que nadie puede substraerse a la obligatoriedad de

ejercer tutela en favor de menores en situación irregular, aún cuando tenga hijos; si el consejo de tutelas lo considera idónea para el ejercicio de esta función pública.

Observando la Legislación Comparada anteriormente descrita, es necesario dejar claramente establecido que existe un cambio diametral en la protección de los menores en estado irregular, pues de su carácter privado que tenía en Roma, hasta el siglo pasado donde no existía una intervención activa del Estado; ni menos existían órganos que ejerzan control, donde la tutela estaba dejada al arbitrio voluntario de las personas; hoy en día en el siglo XX no hay duda alguna, el carácter público que se le da a la Institución que se estudia. Justamente, en esta corriente y sobre todo inspirada en el CODIGO CIVIL ITALIANO DE 1942, nuestro Código de Familia puede ubicarse en una concepción de carácter social, pues el carácter público de la Institución está consagrada de manera implícita en los artículos 284 y 285; ya que el desempeño de la tutela está bajo la supervigilancia e intervención del Juez tutelar y de los Fiscales de Familia.



## CONCLUSIONES

De los antecedentes expuestos, luego de la comprobación de la hipótesis propuesta, a través del método dialéctico, es que me permito proponer las siguientes conclusiones:

- 1) El problema del menor SEMI-ABANDONADO no se presenta en forma súbita, sino tiene raíces profundas y causas estructurales, económicas, políticas, psicológicas, sociales u aún culturales de larga data, ya que su protección se desenvuelve en un país sub-desarrollado y dependiente. Según los datos recogidos del Instituto Nacional de Estadística y de la Organización Nacional del Menor, Mujer y Familia, donde más del 80% de nuestra población carece de condiciones elementales de subsistencia, factor decisivo en el alto porcentaje de niños SEMI-ABANDONADOS lo que constituye un abandono social. Donde el 35% de niños que han perdido por muerte a uno de sus padres y el otro los abandona, el 26% que habiendo nacido de una relación extra-matrimonial, pierden a la madre y el padre natural se niega a reconocerlos y protegerlos; el 16% aquellos que han perdido a uno de sus padres por muerte y el otro cae preso por la comisión de un delito y es recluido por

un tiempo más o menos prolongado; 12% aquellos que han perdido a uno de sus padres por muerte y el otro a desaparecido por ausencia y el 9% por otras causas.

En materia de Derechos Humanos estos aspectos hacen que los niños SEMI-ABANDONADOS no cuentan con las condiciones básicas de atención produciéndose un doble efecto donde los padres en muchos casos abandonan a sus hijos y en otros los menores dejan el núcleo familiar por falta de condiciones mínimas de subsistencia.

- 2) La Tutela es una Institución de orden público, que tiene la finalidad de cuidar y dirigir a los menores de edad no emancipados, que no están sujetos a patria potestad, sea por que ambos padres han muerto o porque son de filiación desconocida o porque aquellos han sido privados de la patria potestad.

Este concepto, indudablemente cambia la naturaleza de la Tutela en el Derecho de Familia Moderno del que se encontraba vigente en la doctrina clásica Francesa, que entendía por tutela como aquel cargo impuesto a ciertas personas en favor de

aquellos que no pueden dirigirse así mismo o administrar sus negocios y que no se hallan bajo la potestad del padre.

El problema de la tutela y el SEMI-ABANDONADO radica en la situación incierta; porque teniendo un padre o los dos que pueden cuidarlo y protegerlo por ciertas circunstancias como por ejemplo ausencia (emigrar a otros lugares en busca de trabajo), por mala conducta (alcoholismo, prostitución), etc. teniendo el deber de ejercer la patria potestad no la ejercitan.

La ley establece que cuando los padres incurren en estas conductas se debería demandar la pérdida de la autoridad paterna o bien la suspensión de la misma. Pérdida y suspensión que nadie tramitar por ser un juicio tedioso, para quien demanda la tutela de esos menores.

Lo que ocurre normalmente es que existen personas, como los abuelos paternos o maternos que en cierto modo ejercen la tutela, pero lo hacen de hecho y no de derecho. Por lo tanto, no están obligados a cumplir con los deberes y obligaciones

que establece el Código de Familia, respecto a los tutores (por ejemplo no pueden adquirir responsabilidad por daños y perjuicios que comentan estos menores con terceros, ni cumplir con la asistencia familia). La consecuencia lógica es que estos menores vuelven a ser abandonados al no existir una obligación legal para estos tutores de hecho.

La presente Tesis plantea una solución práctica y aplicable donde se debe establecer la tutela provisional en favor de abuelos, parientes próximos y terceros que desean hacerse cargo de estos menores, sin necesidad de acudir a la pérdida o suspensión de la autoridad paterna prevista en el Código de Familia art. 277. La característica de esta tutela debe ser directa y transitoria, mientras el padre pueda rehabilitarse económica o moralmente. Dicha tutela debe aplicarse sin mayor trámite, solo se debería presentar la solvencia económica y moral del tutor provisional.

Para lo cual hemos planteado medidas concretas en el Anteproyecto de Complementación al Capítulo de la Tutela del Código de Familia donde se establece:

- a). Se abre la tutela provisional en favor de los niños SEMI-ABANDONADOS, cuando el padre que lo tiene bajo su protección lo abandona o desaparece.
  
- b). Se amplia el ejercicio de la Tutela Provisional a menores de 18, 19 y 20 años de edad, a mayores de 60 años y a familias que tienen más de 4 hijos siempre y cuando estén en condiciones económicas y morales exigidas para tal función.
  
- c). Por último como esta Tutela es de carácter transitorio y una vez que el padre recobre el ejercicio de la patria potestad este debe reembolsar los gastos que hubiera realizado el tutor provisional, si así lo demande éste.

Con estas medidas intentamos de alguna manera proteger a un grupo tan grande, que son los niños semi-abandonados. Poniendo a consideración de la opinión profesional y al público en general.

## RECOMENDACIONES

Con el propósito de que la problemática del niño SEMI-ABANDONADO sea conocido y tomado en cuenta, que permita a las autoridades la adopción de acciones que vayan a fortalecer medidas eficaces en favor de este sector, es que me permito hacer la presente recomendación.

### LA TUTELA PROVISIONAL COMO SOLUCION A LA INSTITUCIONALIZACION

Esta recomendación está referida a las Instituciones encargadas de protección al menor, especialmente ONAMFA. Es decir que antes de buscar la institucionalización de estos menores se debería buscar entre parientes y terceras personas a alguien idóneo para ejercer la TUTELA PROVISIONAL. Con ello pretendemos:

- a) Brindar al menor una protección integral, el niño tiene que tener plena conciencia de que pertenece a una familia (aunque sustituta), frente a pretensiones de cualquier establecimiento que solo le brinde techo, alimento y vestuario y no contribuya en nada a la formación y calor de un hogar.

- b) Por ser la Tutela Provisional de vital importancia, los organismos encargados de protección al menor, tanto privados y públicos deben unificar sus esfuerzos, en coordinación con las autoridades judiciales quienes deben dirigir, encaminar y orientar programas hacia la prevención del abandono y semi-abandono y en la búsqueda de tutores provisionales idóneos.
- c) En los casos especiales, es decir cuando el padre este preso, en un proceso de rehabilitación por alcoholismo o drogadicción no debería perder el contacto con el niño y de esta manera no romper el vínculo entre padre e hijo. Los organismos encargados de otorgar las tutelas provisionales deberían hacer incapie en este aspecto y brindar asesoramiento tanto a padres y a tutores para tal fin.
- d) Así mismo se debería prestar una adecuada orientación sobre determinados aspectos de educación y cuidado de niños, a tutores provisionales que nunca han tenido experiencia sobre el ejercicio de una tutela o paternidad. Para el desarrollo físico, intelectual y moral de un niño.

- e) Los Organismos encargados de la protección a la minoridad deberían tener o establecer un sistema de datos e informaciones de niños SEMI-ABANDONADOS y de sus padres para hacer el seguimiento de cada caso.
- f) Se debe procurar la solidaridad social en favor de los niños SEMI-ABANDONADOS a través de medidas concretas, como por ejemplo otorgar la tutela provisional a familias que no tienen hijos o que solo tienen uno solo. Como requisitos solo deberían presentar cualquier documento que acredite buena conducta y solvencia económica.
- g) En el ámbito Legal se debe tomar conciencia de que las disposiciones existentes sobre Tutela y demás normas de protección al menor son insuficientes ante una realidad cada vez mas deteriorada. Como una posible solución a una parte de este álgido problema me permito poner a consideración el Anteproyecto de Complementación al Capítulo de Tutela del Código de Familia. Donde las partes más sobresalientes están referidas:
- Introducir la tutela provisional al Capítulo de la Tutela como una solución al abandono o semi-abandono.



- Otorgar esta tutela a parientes próximos o terceros que acrediten buena conducta y solvencia económica inclusive a mayores de 60 años o personas que tienen mas de 4 hijos.
  
- Esta tutela es de carácter transitorio, facilitando que el padre original pueda retomar en cualquier momento la patria potestad especialmente en casos de ausencia o por estar cumpliendo una condena.
  
- La obligación del padre o del pupilo de resarcir por los gastos ocasionados por el ejercicio de dicha tutela al tutor provisional es un derecho necesario.

## BIBLIOGRAFIA

### **LIBROS:**

1. AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti  
"LECCIONES DE DERECHO DE FAMILIA"  
3ra. Ed. corregida y aumentada. Ediciones  
Vadel Hermanos. 1986, Valencia-Venezuela.
2. ABOUHAMAD, Chibly - DOCARANDA. J.J.  
"LA SITUACION LEGAL DE LOS HIJOS  
EXTRAMATRIMONIALES", Ed. Principios,  
Caracas, 1982; 1ra. Edición.
3. ALBADELEJO, Manuel  
"CURSO DE DERECHO CIVIL IV. DERECHO DE  
FAMILIA", Librería Boch, Barceloma, 1982;  
1ra. Edición.
4. BELLUSCIO, Augusto César  
"MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA", 2 Tomos,  
2da. Edición, Editores Depalma, Buenos  
Aires, 1981.

5. BORDA, Guillermo  
"MANUEL DE DERECHO DE FAMILIA", 8va. Edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1979.
6. CASTAN TOBERAS, José  
"DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMUN Y FLORAL", Tomo V; 9na. Ed. revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José M. Castán Vázquez, Rens S.A., Madrid, 1976.
7. LACRUZ BERDEJO, José Luis - SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis.  
"DERECHO DE FAMILIA", 2 volúmenes, 2da. Ed., Librería Bosch, Barcelona-España, 1974.
8. PUIG PENA, Federico  
"MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL", Tomo II, Derecho de Familia, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
9. RUGGIERO, Roberto  
"INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL", Traducción de la 4ta. Ed., Italiana, Instituto Editorial Rense, Madrid.

10. MESSINEO, Francesco

"MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL",  
Tomo III, Traducción Sentis Melendo,  
Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos  
Aires, 1971.

11. BAREERO, Dominico

"SISTEMA DE DERECHO PRIVADO", Ediciones  
Jurídicas Europa-América, Buenos Aires,  
Bolivar 256, 1967.

12. BARRIOS ARZURIS, Alfredo

"CURSO DE DERECHO CIVIL" 4ta. Edición  
corregida y aumentada, Vol. IV, Editorial  
Nacimiento, 1981, Santiago-Chile.

13. ZANNONIX, Eduardo - ROSSERT, Gustavo

"MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA", Editorial  
Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma,  
Buenos Aires, 1991.

14. GACETA OFICIAL DE BOLIVIA

"CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO", 5ta.  
Edición, Noviembre de 1975.

15. MORALES GUILLEN, Carlos  
"CODIGO CIVIL ANOTADO Y CONCORDADO", 2da.  
Edición revisada y ampliada, Gisbert &  
Cia. S.A. La Paz-Bolivia, 1982.
16. MORALES GUILLEN, Carlos  
"CODIGO DE FAMILIA CONCORDADO Y ANOTADO Y  
CODIGO DEL MENOR", Ed. Gisbert & Cia. S.A.  
Libreros Editores, La Paz-Bolivia, 1979.
17. PODETTI, Humberto A.  
"Política Social". Printed in Switzerland.  
Suiza. Editorial Astrea de Alfredo y  
Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1981.
18. UNICEF Sociedad Católica San José.  
"La Niñez Abandonada en Bolivia"
19. UNICEF. 1985. J.N.S.D.S. DIRME  
"El Menor Callejero" Biblioteca Central.
20. STILERMAN, Marta N.  
"Menores, Tenencia. Régimen de Visitas"  
Editorial Universidad. Buenos Aires. 1991.

## **REVISTAS:**

1. "Por el Imperio del Derecho". Comisión Internacional de Juristas. Junio de 1990.
2. Estado Mundial de la Infancia 1993. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)
3. Censo Nacional de Población y Vivienda 1992. Resultados Finales. Mayo 1993
4. Policía Nacional. Número dedicado a la Niñez Boliviana. Impreso en Industrias OFFSET color SRL. La Paz, Junio de 1985.