

LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO TUTELAR

Dra. María Consuelo Barletta Villarán
Presidenta de la ONG'D Cometa-
Compromiso desde la Infancia y Adolescencia

1. INTRODUCCIÓN

La respuesta estatal tutelar ha tenido su propia evolución histórica, los cambios producidos en la definición de su finalidad y características, se encuentran estrechamente vinculados al concepto de infancia en el devenir del tiempo.

Con el objetivo de entender y analizar las actuales orientaciones en el ámbito tutelar debemos conocer los distintos discursos que se han dado en la temática y que han precedido en el tiempo, la justificación de un determinado tratamiento; para ello, centraremos nuestra atención en el ámbito tutelar haciendo alusiones precisas a su diferenciación del área penal.

1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ÁMBITO TUTELAR.

En Latinoamérica, Francisco Pilotti¹, ha identificado tres períodos en la historia del ámbito tutelar, encontrándose cada uno de ellos, impregnados por la naturaleza de la institución que asumiera la responsabilidad de darle cumplimiento.

Primera Etapa:

Caridad de Inspiración Religiosa

Esta etapa, tiene su origen más remoto en el decreto real emitido por Carlos V, mediante el cual, se ordenaba la creación de hospitales en los principales poblados de América, delegándose su cuidado a las Congregaciones Religiosas². Estos centros hospitalarios albergaban a los pobres y enfermos en su generalidad, recogiendo a los abandonados y huérfanos, a los ancianos, vagabundos y enfermos mentales.

Es así, como fueron las instituciones religiosas, las primeras en hacerse cargo de los cuidados de la infancia, al asumir casi exclusivamente las funciones de la beneficencia pública, contando para ello, con un financiamiento que provino fundamentalmente de las limosnas y donaciones³.

Con el devenir del tiempo, el sentido religioso de la caridad fue perdiendo exclusividad; durante la edad moderna la secularización y el mayor énfasis en el individuo, tuvo repercusión generando un mayor interés de la sociedad y el Estado por los más necesitados.

Finalmente, este giro, se vislumbra con mayor claridad, durante el siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX; sobre el particular, Francisco Pilotti sostiene lo siguiente: "... el advenimiento de la ideología liberal conjuntamente con posturas anticlericales que se dieron con distintas variaciones en la región, dieron lugar a llamados que exigían una presencia más fuerte del Estado en temas relativos al bienestar infantil. La filantropía laica, vinculada a la élite de la época, también adquiere un papel importante"⁴.

Esta transición, demoró muchos años, debido a que las instituciones religiosas continuaron asumiendo el rol de brindar apoyo y cuidado a los más necesitados, pero se dio una orientación distinta a la caridad; el cristianismo introdujo el ingrediente del amor, haciendo de esta virtud, el signo diferenciador de todo cristiano.⁵

Esta nueva orientación en la caridad, sirvió de preámbulo, al asistencialismo estatal del siglo XX, que

1. PILOTTI, Francisco. *Crisis y Perspectivas del Sistema de Bienestar Infantil en América Latina*. En: "Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile". Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.
2. Para dar cumplimiento a la orden, se construyó un hospital al lado de cada convento, que cumpliera tres servicios: de hospedería para el viajero, de asilo, para brindar acogida a los pobres y huérfanos y, los hospitales, para brindar cuidados y asistencia a los enfermos. ANDER-EGG, Ezequiel. "Historia del Trabajo Social" Humanitas, Buenos Aires, 1984, p. 59.
3. La motivación para contribuir con la obra de la Iglesia y estar al lado de los más necesitados, ha ido mutando en el tiempo. Inicialmente, en el medioevo, tuvo un énfasis en el interés por la salvación del alma y en dar cumplimiento a un deber religioso.
4. PILOTTI, Francisco. Op. cit. p. 19.
5. ANDER - EGG, Ezequiel. Op. cit. p. 117.

en el caso de los niños, estuvo caracterizado por una visión paternalista profundamente enraizada en las autoridades, que consideró la institucionalización de los niños en riesgo social (reduciéndoles en albergues como la medida privilegiada para brindarles protección).

Segunda Etapa: Consolidación del Sistema de Bienestar Infantil (1925-1975)

Durante este período, el Estado centraliza su atención en el menor, que por su condición socioeconómica, sufría abandono moral y social. Se dio prioridad, a la creación de Sistemas de Bienestar Infantil en América Latina. En el caso peruano, se intentó que un Consejo Nacional de Menores asumiera esta responsabilidad, pero es recién con el Decreto Ley N° 21993⁶, que se constituye el Instituto Nacional de Protección del Menor y de la Familia (INAPROMEF), el que se hizo cargo de forma conjunta, de velar por los menores en riesgo social y los menores que infringían la ley.

Sus funciones serían más tarde asumidas por el Instituto Nacional de Bienestar Familiar (INABIF), institución que fuera la encargada de brindar atención a los menores que provenían de los Juzgados de Menores. La Doctrina de la Situación Irregular sirvió como eje conceptual orientador, plasmando principios y valores que orientaron el actuar judicial.⁷

La Doctrina de la Situación Irregular

Se ha venido en llamar Doctrina de la Situación Irregular al conjunto de concepciones y postulados que estuvieran vigentes en las legislaciones de menores desde las primeras décadas del siglo XX, y que obedecían a un discurso asistencialista y al requerimiento de ejercer control social sobre un sector de la infancia. Esta legislación especial fue paralela a la civil y su objetivo estuvo orientado a brindar protección a los menores cuando se encontraban en una situación de indefensión y abandono o cuando habían transgredido la ley.

De esta manera, la intervención estatal con respecto a los menores cumplió una doble finalidad: ejercer control y brindar protección. Sobre el particular, existe una frase acuñada por García Méndez: "La historia de la Infancia es la historia de su control"⁸.

En la historia legislativa peruana esta doctrina tiene su aparición con el Código Penal de 1924; por la inexistencia de una legislación específica en la materia el tratamiento de los Menores fue incorporado como una sección especial al interior de un Código para adultos. Posteriormente, surge el Código de Menores de 1962⁹, que estableció de manera clara las medidas de protección que correspondían ante los supuestos que el menor fuese declarado en abandono, en peligro moral, en peligro material, o en estado peligroso.

Con la entrada en vigencia de la legislación de menores se apartó al menor infractor de ley del ámbito penal declarándolo inimputable, pero simultáneamente, se arrastró al menor en estado de abandono, al mismo destino: un tratamiento tutelar, sin supuestos de intervención claramente determinados y definidos.

La necesidad de brindar una respuesta tuitiva inmediata llevó a que el juez de Menores priorizara la reclusión de los menores en albergues por tiempo indefinido. La naturaleza jurídica de esta medida de protección mostraba las características de una privación de libertad. No existió, en consecuencia, un proceso y una finalidad estatal diferenciados, ante dos supuestos distintos como son: la infracción de la ley y el estado de abandono.

Tercera Etapa: Prioridad de ONGs como alternativa a la política social estatal

En las décadas de los años setenta y los ochenta (siglo XX), las políticas sociales no beneficiaron a los sectores sociales más desvalidos. Específicamente en la década de los años ochenta la crisis fiscal del Estado con la consecuente política de reducción del gasto público, priorizó el pago de la deuda externa, redundando en la disminución del presupuesto asignado a las políticas sociales y focalizando el interés en las variables macroeconómicas (manifestado a través de indicadores como el incremento del PBI, la reducción de los niveles de inflación, entre otros).

Durante estos años, tiene su auge un ente no estatal, que asume el compromiso de implementar programas y proyectos en beneficio de los sectores que se

6. D.L. N° 21993 del 8 de Noviembre de 1977. Publicado en el diario oficial "El Peruano", edición del 10 de Noviembre de 1977.

7. El INABIF desde su creación (el 12 de junio de 1981), asumió hacerse cargo de los menores infractores de la ley. Con posterioridad, el D.L. N° 866 otorga al Centro de Operaciones Juveniles del Poder Judicial, el cumplimiento de esta responsabilidad.

8. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina*. Edic. Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1994, p. 75.

9. Los Códigos Civiles de 1936 y posteriormente el Código Civil de 1984, fueron legislación paralela al Tratamiento de Menores, cuyo trato diferenciado tuvo su origen ante la inclusión de la familia y de la escuela, como espacios de control social primaria. De los "excluidos" se hicieron cargo los Tribunales de Menores.

vieron más perjudicados con las políticas de ajuste. Son conocidas como ONGs, muchas de las cuales, se dedican a la temática de niños y adolescentes, captando recursos provenientes de la cooperación internacional, que en su momento, tuvo como destino original al sector estatal, Tal como afirma Francisco Pilotti, las ONGs "... se constituyeron en una suerte de política social alternativa y paralela a la oficial, muchas veces cubriendo las deficiencias y omisiones de esta última"¹⁰

Durante todo este período, la Doctrina de la Situación Irregular mantuvo rezagos en nuestra legislación hasta inicios de los noventa. Los jueces jugaron un rol supletorio de las políticas sociales, produciéndose la percepción social, que en la justicia se encontraba la solución a la problemática de los menores abandonados. Paralelamente, las ONGs abogaban por una conceptualización diferente del niño, donde su protagonismo y la vigencia de sus derechos eran sus principales pilares en todas las movilizaciones sociales que fueron promovidas.

En la actualidad, consideramos que el crecimiento económico, como pilar de desarrollo impuesto desde afuera, no tiene asidero en una realidad como la nuestra; por ser lo fundamental el capital humano, y en la medida que invirtamos en él, podremos construir los basamentos de una sociedad justa y democrática.

La Doctrina de la Protección Integral:

La Doctrina de la Protección Integral tiene su máxima expresión en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹¹. Su incorporación en la legislación ha significado la orientación política y legislativa hacia la erradicación definitiva de la doctrina de la situación irregular, por contener principios cuya inspiración está cifrada en la concepción jurídica del niño como un sujeto social con derechos.

En primer lugar, el niño es un sujeto con derechos, porque como persona humana tiene los derechos que le corresponde a todo individuo, y como sujeto en desarrollo, requiere de ciertos derechos específicos, que

permitan que su condición natural de indefensión, no sea obstáculo para el resguardo de su dignidad e integridad como ser humano.

Asimismo, tiene la condición de sujetos sociales, porque es necesario considerar que los niños y adolescentes tienen su propio entorno sociofamiliar, en el cual se desenvuelven y que, por lo tanto, deben ser considerados protagonistas de sus propias necesidades, percepciones, vivencias y problemas, lo cual será necesario rescatar en cualquier medida que se adopte con respecto a ellos.

A partir de esta visión del niño como sujeto social con derechos, recogida en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, las políticas sociales cuyos destinatarios sean los niños tendrán una naturaleza diferente. Sobre el particular, Miguel Cillero señala que a partir de la doctrina de la protección integral, las políticas sociales están "... fundada(s) en los derechos del niño ante el Estado y no en la mera beneficencia pública o privada."¹²

Sin embargo, se encuentran todavía rezagos de la percepción social del niño, como un sujeto con problemas y carencias (enfoque previo de la doctrina de la situación irregular), lo que favorece a la implementación de políticas de corte asistencialista. Sobre el particular, Consuelo Contreras sostiene que "con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) cambió el observador, no la realidad, ella está en proceso de transformación."¹³

1.2. LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU INFLUENCIA EN EL ÁMBITO TUTELAR.

El Código de los Niños y Adolescentes recoge de manera explícita los principios consagrados en la Doctrina de la Protección Integral, los cuales deben ser entendidos, como concepciones u orientaciones que inspiran la normativa vigente, para su adecuada interpretación y aplicación.

10. PILOTTI, Francisco. Op cit, p. 22

11. Mediante su adopción por las Naciones Unidas, el 20 de Noviembre de 1989, ha generado obligaciones en los Estados que procedieron a su ratificación, esto debido a su naturaleza jurídica de instrumentos internacionales con efecto vinculante, diferenciándose de todas las declaraciones que le precedieron, las cuales tuvieron primordialmente una finalidad orientadora.

12. CILLERO, Miguel. *Evolución histórica de la consideración jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile*. En: "Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile". Instituto Internacional del Niño. Montevideo 1994. p. 77.

13. CONTRERAS, Consuelo. *De la Tutela a la Justicia*. Corporación Opción-UNICEF. Santiago 1998 .p.18.

• Principio de Integralidad¹⁴

A diferencia de la legislación de menores, la Convención incorpora como una sola categoría la denominada “niños”, comprendiendo en ella, a toda persona menor de 18 años, y estableciendo la obligación de los Estados de respetar y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, evitando incorporar respuestas judiciales diferenciadas, que tengan como sustento la condición socio-económica desigual del niño y adolescente, y que acarreen exclusión social, y una transgresión al principio de igualdad.

Es así, que la nueva orientación de la protección estatal brindada a los niños, puede ser entendida, como la adopción de medidas orientadas al resguardo de todos los derechos para todos los niños.

• Principio del Interés Superior del Niño¹⁵

El Comité de Derechos del Niño, no ha dudado en declararlo como el principio guía de toda la Convención, y nuestra legislación lo reconoce como tal incorporándolo en el Título Preliminar, estableciéndose, de esta manera, su jerarquía.

A partir de este principio, se establece de manera explícita la obligación de toda entidad pública o privada, y de la sociedad en su conjunto, de velar porque cualquier medida que se adopte con respecto al niño y adolescente, considere lo que más le convenga, es decir, resguarde al máximo sus derechos.

Relacionado al ámbito tutelar, la legislación inspirada en la Doctrina de la Protección Integral, protege y salvaguarda primordialmente el derecho de todo niño de vivir, crecer y desarrollarse al interior de su familia. Sólo en defensa de sus derechos, cuando su entorno sociofamiliar pone en peligro su condición de sujeto de derechos, y en aras del *interés superior del niño*, el Estado podrá intervenir y brindarle un ambiente familiar sustitutorio adecuado, a fin de favorecer su normal desarrollo.

Asimismo, el proceso tutelar establece la obligación de escuchar la declaración del niño y adolescente, como parte de las diligencias que corresponde a la investigación, valorizándose su opinión al momento de determinar la medida de protección que se considere acorde con los intereses del niño.

Estos dos principios, tanto el de integralidad como interés superior del niño, se encuentran íntimamente relacionados con la tríada familiar - sociedad- Estado¹⁶. Con respecto al primero, el Estado está obligado a prestar asistencia a los padres que carecen de recursos económicos, para efecto de hacer factible, el cumplimiento de la obligación del resguardo efectivo de los derechos de sus hijos¹⁷, y consecuentemente, de velar por su interés superior. Deberá el Estado, en consecuencia, considerar el impacto que sus políticas económicas y sociales tendrán en el ámbito familiar. Asimismo, y de manera paralela, surge la responsabilidad de la sociedad en su conjunto, de adoptar una actitud vigilante para el resguardo de los derechos de los niños.

1.3. CARACTERÍSTICAS DEL ÁMBITO TUTELAR A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Buscándose erradicar la confusión entre lo tutelar y lo penal, que tuvo su máxima expresión en las legislaciones de menores derogadas, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y nuestra legislación vigente han establecido dos procesos con naturaleza, finalidad y supuestos diversos de intervención.

De esta manera, se quiere erradicar la simplicidad que fuera parte de los Juzgados de Menores, a la cual hace referencia García Méndez, cuando recoge la apreciación de un jurista brasileño que indica lo siguiente: *“El carácter principal de esos tribunales (de menores) es la simplicidad. Simplicidad en la organización. Simplicidad en las prácticas de juzgamiento. Simplicidad en la aplicación de las medidas de carácter coercitivo...”*¹⁸

14. El artículo 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sostiene “Los Estados Partes en la presente Convención respetarán los derechos enunciados y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna...” especificando en diferencias étnicas o sociales, posición económica y se hace alusión por primera vez, que no se deberá tener en cuenta, la condición del niño, de sus padres o representantes legales.

15. El principio del Interés Superior del Niño, fue incorporado por primera vez, en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, pero la amplitud de los obligados ha considerarlo y respetarlo, ha tenido su máxima expresión con la Convención.

16. En el Preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se enfatiza en la familia como elemento básico de la sociedad, y como medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en particular, de los niños. En base a ello, la Convención incide en la necesidad de que la familia reciba la protección y asistencia necesaria para poder asumir sus responsabilidades.

17. Artículo 18 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, GARCÍA MÉNDEZ, Emilio Op. cit. p. 52.

18. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Op. cit. p.52.

• Naturaleza Jurídica del Proceso Tutelar y del Proceso Penal

El rol tutelar del Estado, se encuentra dirigido a los niños que carecen de una familia, o que teniéndola, ésta no cumple con su rol de brindar los cuidados y atención necesarios para viabilizar el desarrollo integral del niño. La finalidad del proceso tutelar será justificar la intromisión del Estado en la vida del niño y/o de la familia, a fin de proveer su protección y favorecer el ejercicio de sus derechos.

De manera diferente, el proceso penal especial seguido a los adolescentes, busca probar su responsabilidad en la comisión de un delito o falta. Esta responsabilidad tiene un carácter atenuado que se caracteriza por otorgar garantías sustantivas y procesales tanto generales, como también específicas.

Para la comprensión de la naturaleza de ambos procesos, se ha creado dentro de los Juzgados de Familia, especialidades diferenciadas, existiendo jueces de familia en lo civil, en lo tutelar y en lo penal teniendo como objetivo primordial favorecer que los operadores del derecho no confundan los alcances, de las medidas de protección para los declarados en estado de abandono, con las medidas socioeducativas para los adolescentes infractores de ley; resguardándose al máximo, su naturaleza jurídica como proceso humano¹⁹.

• Supuestos de intervención diferenciados en lo tutelar y lo penal.

En el ámbito tutelar, a diferencia de la legislación de menores, se establece una intervención estatal justificada ante determinados supuestos explícitamente determinados por ley, que tienen que ver primordialmente con una situación de indefensión tal, que ponga en peligro los derechos fundamentales del niño; esto genera la obligación estatal de intervenir, tal y como está contemplado en nuestra Constitución.²⁰

Mientras que en el ámbito penal, la intervención del Estado encuentra su justificación en el resguardo de un bien jurídico socialmente valorado. La consideración de la situación de abandono del adolescente

infractor, en un proceso penal, sólo deberá ser tenido en cuenta por el juez de familia (a partir del informe del equipo multidisciplinario) al momento de conocer las circunstancias personales del adolescente que posiblemente influyeron en la comisión del delito; pero dicha condición no deberá ser determinante al momento de evaluar el grado de responsabilidad del sujeto infractor.

Haciendo una síntesis de las situaciones que ameritan la intervención del Estado en el ámbito tutelar, nuestra legislación enfatiza en circunstancias tales como: que el niño asuma la responsabilidad de velar por el cuidado de su propia persona, o cuando los padres o las personas que los tienen consigo atentan contra su integridad, salud o dignidad.

Los parámetros para calificar la intervención judicial como justificada los encontramos en la Convención, que establece como pauta general, la autonomía familiar, señalando que el Estado respetará las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres para con sus hijos, o de cualquier persona que los tenga legalmente bajo su cuidado.

Con el resguardo a la autonomía familiar, se ha buscado proteger el derecho del niño a crecer y desarrollarse en su familia ²¹; sobre el particular, Miguel Cillero, sostiene: “ el niño tiene el derecho de ser educado al interior de una familia y el Estado tiene la potestad (poder - deber) de asegurar esta posibilidad, y eventualmente suplirla si ésta falta.”²²

Los límites a la autonomía familiar están contemplados cuando los padres o personas encargadas del cuidado del niño son responsables directos o tienen un actuar negligente, en relación a un perjuicio o abuso físico o mental en el niño, o cuando los padres son victimarios sometiéndoles a malos tratos, explotación, o abuso sexual. Al contemplarse supuestos específicos, se busca hacer vigentes los derechos de los niños frente a la sociedad, e inclusive frente a su propia familia, reconociéndose, en consecuencia, una injerencia legítima estatal en el ámbito familiar.

19. Artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

20. Nuestra Constitución Política, establece en su artículo 4, perteneciente a los Derechos Sociales y Económicos, la obligación del Estado de proteger especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

21. Derecho recogido en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescente cuando establece: “El niño y adolescente tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.”

22. CILLERO, Miguel. Op cit. 77.

De manera más explícita, la Convención en su artículo 9.1²³ establece que los niños podrán ser separados de sus padres, mediante orden judicial, cuando se deba velar por el interés superior del niño, incorporándose en el artículo en mención, casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres. Esta declaración del estado de abandono tiene un efecto directo en la relación paterno filial, por significar de manera irremediable, la extinción de la Patria Potestad, originando la pérdida de todo derecho de los padres sobre sus hijos.

Una vez probada la situación de abandono, el Estado deberá cumplir su rol supletorio, brindando al niño un ambiente familiar adecuado, tal como lo establece el Código de los Niños y Adolescentes al indicar que: “El niño y el adolescente que carecen de una familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos”²⁴. Entre las medidas de protección contempladas en la ley, se pueden considerar, la incorporación en una familia sustituta, la colocación familiar o el dar en adopción a un niño o adolescente²⁵.

Con estos lineamientos tutelares, pierde todo sentido la consideración de la pobreza, como justificante para la declaración del estado de abandono, es decir, corresponderá al Estado asumir obligaciones directas en el cuidado y atención del niño, cuando se haya probado que se encuentra en peligro su desarrollo personal, no siendo suficiente mostrar su estado de indigencia. Con esta indicación explícita en nuestra legislación, se busca erradicar la intervención judicial que pueda significar judicializar políticas sociales, al comprobarse en la casuística conocida en los juzgados, la ineficacia de las medidas estatales preventivas.

Para garantizar una intervención judicial eficaz y efectiva, juega un papel fundamental la etapa del diagnóstico (la investigación tutelar de la situación de abandono del niño); al respecto, Consuelo Contreras indica que las medidas de protección, tienen una influencia

radical en la vida de los niños que ingresan al circuito tutelar; es decir, toda medida radical significa necesariamente un cambio en el interactuar social y familiar del niño²⁶. Por ello, en el diagnóstico, deberán evaluarse las relaciones sociofamiliares actuales, favoreciendo la adopción de medidas que resguarden de manera efectiva su condición de sujeto de derechos, y que consideren su institucionalización, como la última medida de protección a aplicarse.

En suma, deberá identificarse cada caso, como un problema diverso, que requiere una respuesta específica, que no permite uniformizar respuestas, sino rescatar la singularidad de cada problemática que es conocida en el juzgado.

• **Respuesta Estatal Tutelar y Penal diferenciadas.**

Como se ha indicado en anteriores párrafos, la legislación de menores confundió la respuesta tutelar y penal, aplicando para ambos casos, medidas de protección.

En la actualidad, con la Doctrina de la Protección Integral, al infractor de la ley se le aplican medidas socioeducativas, cuya finalidad primordial es educar al adolescente para vivir en sociedad, erradicándose el discurso proteccionista, que tuvo su mayor respaldo en la consideración de la inimputabilidad del menor infractor.

En el ámbito tutelar, al niño declarado en estado de abandono se le aplican medidas de protección, las cuales están primordialmente orientadas a salvaguardar al niño de la situación de peligro en que se encuentra, siendo importante el carácter temporal de la medida, a fin de instalarlo nuevamente en el ambiente natural de una familia propia.

Existe un caso específico donde todavía se producen en su aplicación, la confusión entre lo tutelar y lo penal, se trata del niño (el menor de doce años) que infringe la ley, caso en el cual, la legislación considera aplicarle también medidas de protección, y no medidas socioeducativas (por estar excluido de toda respuesta penal especial); por ello, podemos encontrar en el Cen-

23. Artículo 9.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño indica: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria..”

24. Artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes.

25. La naturaleza de temporalidad propia de las medidas de protección, así como el proceso adicional que se requiere para darle cumplimiento, nos lleva a cuestionar que la adopción sea una medida de protección.

26. CONTRERAS, Consuelo. Op. cit. p. 12

tro de Orientación y Diagnóstico Juan Pablo II, niños en estado de abandono con niños infractores de ley.

La explicación de esta condición jurídica no muy bien definida, se encuentra en una problemática social, consistente en que los niños que infringen la ley, en muchas ocasiones viven en las calles, y al no hacerse cargo sus padres de su cuidado, ocasionan que su situación sea de abandono, por ello estos casos específicos, son considerados dentro del ámbito tutelar, aunque el motivo por el cual se tomó conocimiento de su condición, haya sido por una transgresión a la ley penal.

2. MODIFICACIONES LEGALES RECIENTEMENTE INCORPORADAS

En la última modificación introducida al Código de los Niños y Adolescentes, de Agosto del 2000, se ha contemplado la intervención de PROMUDEH en el proceso tutelar, situación que entrará en vigencia a partir del 3 de Febrero del 2002.

Pero ¿qué significa esta modificación? Un proceso tutelar, que viene a incorporar, un híbrido de procesos, del judicial y del administrativo, y de una naturaleza jurídica, no muy clara.

En la actualidad, es el Juez de Familia con especialidad tutelar, el encargado de dirigir la investigación tutelar y de declarar el estado de abandono, cuando se hubiera probado a través del proceso pertinente, dicha condición.

A partir de Febrero del 2002, se entiende que el Juez se hará cargo sólo de expedir la resolución de la declaración judicial de estado de abandono, quedando bajo responsabilidad del PROMUDEH, o de instituciones públicas o privadas autorizadas por esta entidad pública, la investigación tutelar, cuya realización se hará con conocimiento del Fiscal de Familia. Adicionalmente, este ente administrativo tendrá la potestad de aplicar las medidas de protección que corresponden.

Es así, como se delega a PROMUDEH, la función primordial de justificar la intromisión estatal en el ámbito familiar, siendo encargada de la investigación tutelar con la finalidad de probar la situación de abandono del niño o adolescente. Función que se suma como es obvio, a las que le corresponde al PROMUDEH, como Ente Rector del Sistema Nacional de Atención Integral del niño y adolescente.

Pero ¿en qué se basó el legislador o cuáles fueron los fundamentos para justificar esta modificación? Se alegó que la intervención del juez en casos tutelares, no hacía más que mantener la doctrina de la situación irregular, que se seguían judicializando las políticas sociales por promoverse la intervención del juez, en conflictos cuyo origen estaba en la ausencia de políticas sociales preventivas. Asimismo, se argumentó que sujetar un niño a un proceso judicial, aunque su finalidad pueda ser tutelar, era dar origen a una doble victimización.

Por ello, se ha buscado cambiar la naturaleza jurídica del proceso tutelar, brindándole primordialmente un carácter administrativo; considerándose necesario sólo mantener la intervención judicial para la declaración de abandono, a fin de darle a esta decisión un poder coercitivo, por significar una intromisión en el ámbito familiar en los más de los casos.

3. PROPUESTA A DISCUTIR:

La situación de los niños y adolescentes en estado de abandono, reviste un problema complejo que requiere un abordaje desde distintas disciplinas para favorecer la implementación de políticas acordes con esta problemática. Buscando brindar algunas pautas al respecto, proponemos:

- Un pacto social entre distintas instituciones públicas y privadas, para brindar una protección efectiva a aquellos niños que se encuentran en situación de abandono evidente en las principales ciudades del país, (niños dedicados a la mendicidad, niños trabajadores que exponen su seguridad hasta muy entrada la noche).
- Campañas para erradicar el maltrato y abuso sexual al interior del hogar, siendo esta violación del derecho a la integridad, la principal causa por la que los niños abandonan su hogar. Según el último informe del Grupo de Iniciativa Nacional por los Derechos del Niño (GIN), se estableció que el 90% de los niños de la calle provienen de familias expulsoras.
- Hacer de conocimiento público y masivo la obligación de todos los funcionarios de entidades públicas de dar cumplimiento a lo establecido en la legislación especial sobre los derechos de los niños y adolescentes, dándose en caso contrario la posibilidad de una denuncia penal.
- La realización de programas, por cuenta de las entidades públicas y privadas, que fortalezcan

la colocación familiar como medida de protección viable. Las políticas estatales deben buscar priorizar la adopción, logrando que las familias interioricen la posibilidad de adoptar, para brindar un hogar a los niños en estado de abandono.

4. CONCLUSIONES:

1. En la historia del ámbito tutelar, los modelos de desarrollo imperantes han jugado un papel fundamental para determinar las características del rol que ha de asumir el Estado para el resguardo a los derechos de los niños y adolescentes
 2. A partir de la Doctrina de la Protección Integral, se establecen garantías específicas para el proceso tutelar.
 - a) Supuestos de intervención estatal, claramente determinados por ley.
 - b) Un proceso tutelar con todas las etapas procesales claramente determinadas.
 3. La finalidad del Proceso Tutelar es legitimar el rol supletorio del Estado consistente en brindar protección temporal o permanente al niño o adolescente cuyo estado de indefensión o vulneración de derechos, ha sido probado.
 4. Las últimas modificaciones introducidas en el tratamiento del ámbito tutelar generan confusión y sobrecargan de responsabilidades al PROMUDEH, por justificar los resultados de la investigación tutelar a su cargo, la factibilidad de una intervención estatal.
- c) Priorización del fortalecimiento de los lazos familiares, respetando el derecho del niño a crecer y desarrollarse en su familia.
 - d) Aplicación de medidas de protección preestablecidas, siendo la institucionalización la última medida a considerar.
 - e) La falta o carencia de recursos materiales, en ningún caso dará lugar a declarar al niño y adolescente en estado de abandono.



Dra. María Consuelo Barletta Villarón.