



SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0363/2019-S3
Sucre, 29 de julio de 2019

SALA TERCERA

Magistrado Relator: MSc. Paul Enrique Franco Zamora
Acción de amparo constitucional

Expediente: 27795-2019-56-AAC
Departamento: Pando

En revisión la Resolución de 26 de octubre de 2018, cursante de fs. 19 a 21 vta., pronunciada dentro de la **acción de amparo constitucional** interpuesta por **Kenia Burgos Núñez** contra **Elvio Bautista Blanco, Juez de Instrucción Penal Segundo de Cobija del departamento de Pando**.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la demanda

Por memorial presentado el 23 de octubre de 2018, cursante de fs. 3 a 4 vta., la accionante manifestó los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

I.1.1. Hechos que motivan la acción

Dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra Moisés Núñez por la presunta comisión del delito de abuso sexual a la niña NN de diez años de edad -hija de la accionante- la Fiscal de Materia solicitó la detención preventiva del imputado al Juez de Instrucción Penal Segundo de Cobija del departamento de Pando, -que tenía el control jurisdiccional del proceso- desarrollándose la audiencia de su consideración el 6 de julio de 2018, en la que participaron el Fiscal de Materia, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia y la abogada del imputado.

Después de escuchar a las partes, el mencionado Juez, emitió el Auto Interlocutorio 77/2018 de la mencionada fecha, imponiendo la medida cautelar de la detención preventiva al imputado; además, dispuso el acogimiento circunstancial de su hija en el Servicio Departamental de Gestión Social (SEDEGES) de Pando, decisión que ordenó sea puesta a conocimiento del Juez de la Niñez y Adolescencia de la misma Capital de departamento; empero, esta determinación estaría vulnerando sus derechos, toda vez que su hija se encontraba bajo su guarda y la autoridad demandada, no tenía esa competencia siendo únicamente el Juez de la Niñez quien podía determinar un acogimiento conforme dispone el art. 207 del Código Niña, Niño y Adolescente (CNNA), despojándola así de la tenencia y custodia de su hija, considerando que esa medida no fue solicitada por la Fiscal de Materia ni la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, sino únicamente por la abogada del padre de la niña.



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Aprovechando esa situación, el padre de su hija pidió la guarda ante el juzgado de la niñez y adolescencia de Cobija, fundamentando su demanda en las causales que motivaron el proceso penal; empero, la misma concluyó con la Sentencia de 15 de octubre de 2018, que declaró improbadamente dicha pretensión.

I.1.2. Derechos y garantías supuestamente vulnerados

Denuncia la vulneración de su derecho a la familia y el principio de verdad material, citando al efecto el art. 180 de la Constitución Política del Estado (CPE).

I.1.3. Petitorio

Solicitó se conceda la tutela invocada y se disponga: **a)** La nulidad del Auto Interlocutorio 77/2018 de 6 de julio, respecto a la disposición de ingreso de la niña NN al SEDEGES; y, **b)** Que la Dirección Departamental de esa repartición entregue a la menor a su madre, en el plazo de veinticuatro horas.

I.2. Audiencia y Resolución de la Jueza de garantías

Celebrada la audiencia pública el 26 de octubre de 2018, según consta en acta cursante de fs. 17 a 18, se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación y ampliación de la acción

La accionante por medio de su abogado, ratificó los términos de su acción.

I.2.2. Informe del demandado

Elvio Bautista Blanco, Juez de Instrucción Penal Segundo de Cobija del departamento de Pando, no presentó informe alguno tampoco asistió a la audiencia de acción de amparo constitucional, pese a su notificación cursante a fs. 7.

I.2.3 Intervención de la tercera interesada

Brianda Flores Quezada, responsable de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, no presentó escrito ni se apersonó a la audiencia de garantías; pese a su notificación cursante a fs. 107.

I.2.4. Resolución

La Jueza Pública Civil y Comercial Cuarta de Cobija del departamento de Pando, constituida en Jueza de garantías, mediante Resolución de 26 de octubre de 2018 cursante de fs. 19 a 21 vta., **concedió** la tutela invocada, dejando sin efecto el Auto Interlocutorio 77/2018, en lo referido al ingreso temporal de la niña NN al SEDEGES, disponiendo que la custodia sea devuelta a la accionante en el plazo de veinticuatro horas, sobre la base de los siguientes fundamentos: **1)** Kenia Burgos



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Núñez -accionante- no está siendo investigada por el Ministerio Público en ninguna calidad o grado de autoría o participación; **2)** La Fiscal de Materia ni la Defensoría de la Niñez y Adolescencia solicitaron absolutamente nada con relación a la situación jurídica de la menor NN; y, **3)** El Juez de Instrucción Penal Segundo de Cobija del departamento de Pando, dispuso la entrega de la niña NN al SEDEGES, sin ninguna competencia.

II. CONCLUSIONES

Del análisis y compulsas de los antecedentes que cursan en obrados, se establece lo siguiente:

- II.1.** Mediante Auto Interlocutorio 77/2018 de 6 de julio, el Juez de Instrucción Penal Segundo de Cobija del departamento de Pando, dispuso la detención preventiva de Moisés Núñez, en el Centro Penitenciario Villa Busch de Pando, considerando que la víctima se encontraba en situación de violencia, dado que podía ser perturbada por la madre que es hermana del imputado, así como por la familia del padre que podía influenciarla; en aplicación del art. 53 del CNNA, dispuso el acogimiento circunstancial de la niña NN en dependencias del SEDEGES, debiendo la Defensoría comunicar al Juez de la Niñez y Adolescencia de esa capital su ingreso temporal (fs. 13 a 14 vta.).
- II.2.** Cursa certificado de nacimiento de la niña NN, en la que se puede verificar que su madre es Kenia Burgos Núñez -accionante- y su padre es Adán Vaca López (fs. 15).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La accionante denuncia la vulneración de su derecho a la familia y del principio de la verdad material, por cuanto el Juez de Instrucción Penal Segundo de Cobija del departamento de Pando, -ahora demandado-, por Auto Interlocutorio 77/2018 de 6 de julio, dispuso la detención preventiva del imputado Moisés Núñez; empero, también ordenó el acogimiento circunstancial de la niña NN en dependencias del SEDEGES, sin tomar en cuenta que se encontraba bajo su guarda y que esa medida no fue solicitada por la Fiscalía ni por la Defensoría de la Niñez y Adolescencia; por lo que, pide se conceda la tutela invocada y se disponga: **i)** La nulidad del Auto Interlocutorio 77/2018, respecto a la disposición de ingreso de la niña NN a la mencionada Institución; y, **ii)** Que la Dirección Departamental del SEDEGES, entregue a la menor a su madre en el plazo de veinticuatro horas.

En consecuencia, corresponde en revisión, verificar si tales extremos son evidentes a fin de conceder o denegar la tutela impetrada; para el efecto, se analizarán los siguientes temas: **a)** Los estándares normativos de protección y jurisprudencia generada sobre los derechos de las niñas y adolescentes; **b)** Derecho a la protección contra la violencia sexual; **c)** El derecho a la familia y el acogimiento circunstancial; **d)** Separación excepcional de la niña, niño y adolescente de su familia; **e)** Interés



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

superior del niño; **f)** Obligación de denunciar cualquier acto de violencia de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual; y, **g)** Análisis del caso concreto.

III.1. Los estándares normativos de protección y jurisprudencia generada sobre los derechos de las niñas y adolescentes

Los estándares de protección existentes en el ámbito internacional, constituyen fuente de obligación para el Estado Boliviano a partir de los principios contenidos en los arts. 13 y 256 de la CPE. En ese sentido, existe una serie de instrumentos que tienen especial relevancia en la protección de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual y con acogimiento circunstancial mismos que servirán como parámetro normativo y jurisprudencial para el caso que se analiza.

En este entendido, en el ámbito interamericano, la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes encuentra su sustento jurídico, en las disposiciones contenidas en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹, que remarca que los niños tienen derecho a las medidas de protección, que su condición de menores, requieren por parte de su familia, la sociedad y del Estado. En similar sentido, el art. 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", reconoce por un lado, el derecho a medidas de protección; y por otro, incorpora explícitamente una obligación para el Estado respecto a adoptar medidas especiales de protección a fin de garantizarles el pleno desarrollo de sus capacidades física, intelectual y moral². Asimismo, el art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), por su parte hace referencia a la protección y cuidado especial del que gozan los niños³; de igual modo, la Declaración de los Derechos del Niño⁴ incorpora entre sus principios, el derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación; y, el deber de ser siempre los primeros en recibir protección y socorro.

¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 19: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica, 1969. Entra en vigor el 18 de julio de 1978. A la cual Bolivia se adhiere mediante Decreto Supremo (DS) 16575 el 13 de junio de 1979, elevado a rango de Ley 1430 de 11 de febrero de 1993.

² Protocolo de San Salvador, art. 16: "Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo." También, art. 15 con el título "Protección de la familia"; en el cual, es muy relevante la obligación de los Estados de brindar adecuada protección al grupo familiar, así dentro del numeral 2, literal c., indica: "adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral". Suscrito en San Salvador de El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el décimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Ratificado por Bolivia mediante Ley 3293 de 12 de diciembre de 2005.

³ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. VII: "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales". Adoptada en la novena Conferencia Interamericana, celebrada en Bogotá, Colombia, 1948, conjuntamente con la constitución de la OEA.

⁴ Declaración de los Derechos del Niño, Principio 8: "El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro".



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

La Convención sobre los Derechos del Niño, de la misma forma que los otros instrumentos de derechos humanos, orienta y limita los actos del Estado, sus instituciones y particulares, así como le impone deberes que suponen la creación de las condiciones jurídicas, institucionales, culturales y económicas, para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, entre ellas, la dispuesta en su art. 39, que señala: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso (...) Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño” (el subrayado es nuestro).

En esta misma línea, la referida Convención incorpora entre los principios básicos de la protección integral, a los de protección especial y de efectividad.

El principio de protección especial consignado a lo largo de todo el articulado de la Convención, acuerda medidas especiales de protección o adicionales, reafirmando en primer lugar, la aplicación de aquellos derechos ya reconocidos a los seres humanos en general; y en segundo lugar, establece normas que atañen exclusivamente a la niñez⁵, que representa una protección adicional, basadas en una atención positiva y preferencial de los niños que se encuentran en situaciones de desprotección, para restituir esta condición a parámetros normales de protección.

A su vez, a través del principio de efectividad que se halla inserto en la disposición del art. 4⁶ del citado instrumento jurídico, se prescribe de manera imperativa la tarea de adoptar mecanismos de cualquier índole, tendientes a lograr la efectividad de los derechos de los niños y desarrollo de garantías, incluidas institucionales, administrativas y legislativas.

Descritas las normas internacionales sobre la protección de niñas, niños y adolescentes, cabe hacer referencia a las similares normas acogidas por el Estado Plurinacional de Bolivia que tiene desarrollado una sección referente exclusivamente a los derechos de la niñez y adolescencia, cuyo art. 60 de la CPE, sostiene: “Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en **recibir protección y socorro en cualquier circunstancia**, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párrafo 54: “Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 4: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...”.



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado." (las negrillas son añadidas").

Conforme a dicha norma, el constituyente boliviano estableció que las niñas, niños y las y los adolescentes gozan de especial protección y atención de sus derechos, mediante la corresponsabilidad del Estado en todos sus niveles, las familias y la sociedad, teniendo que asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, ser atendidos con preferencia en centros de salud, en la escuela, las entidades judiciales, la Policía Boliviana, entre otros.

A la luz de estos paradigmas internacionales y nacionales, se promulgó la Ley 548 de 17 de julio de 2014 "Código Niña, Niño y Adolescente" y la Ley 348 de 9 de marzo de 2013 "Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia", leyes que tienen por finalidad dar concreción a los derechos de las mujeres, de las niñas y adolescentes.

III.2. Derecho a la protección contra la violencia sexual

La Convención Belém Do Pará de 9 de junio de 1994, ratificada por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de agosto de igual año, se constituye en el primer Tratado Interamericano que reconoce la violencia hacia las mujeres, como una violación de derechos humanos; cuyo art. 7, consigna los deberes que tienen los Estados, de adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, entre ellos, el de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer, y velar, porque las autoridades y funcionarios se comporten de acuerdo a esa obligación; es decir, **actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer, de cualquier forma, que atente contra su integridad o propiedad; establecer procedimientos legales, justos y eficaces para aquella que fue sometida a violencia, que incluyan medidas de protección, juicio oportuno y acceso efectivo a esos procedimientos.**

El art. 9 de dicha Convención establece, **que los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer entre otras razones por ser menor de edad o estar en situación socioeconómica desfavorable**⁷.

⁷ Convención Belén Do Pará, art. 9: "Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad".



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

La Recomendación General 19 de 29 de enero de 1992, pronunciada por el Comité de la CEDAW, señala que los Estados Partes, entre otras medidas, deben velar porque las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, **los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer, las protejan de manera adecuada, respetando su integridad y su dignidad**; proporcionando protección y apoyo a las víctimas; capacitando a los funcionarios judiciales, a los agentes del orden público y a otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención antes referida.

El mencionado Comité de la CEDAW, en la Recomendación General 33 de 3 de agosto de 2015, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, examinó las obligaciones de los Estados Partes, para asegurar que estas tengan acceso a dicho derecho, al advertir que existen obstáculos y restricciones que les impiden efectivizarlo en el marco de la igualdad; En dicha Recomendación, se hace referencia a la **justiciabilidad**, estableciendo que se requiere el acceso irrestricto de la mujer a la justicia, y para ello, recomienda que se debe **mejorar la sensibilidad del sistema de justicia a las cuestiones de género**, empoderando a las mujeres para lograr la igualdad de jure y de facto -de derecho y hecho-; asegurando que los profesionales de los sistemas de justicia, tramiten los casos, teniendo en cuenta las cuestiones de género; y, revisando las normas sobre la carga de la prueba, para asegurar la igualdad entre las partes, en todos los campos, en aquellas relaciones de poder que priven a las mujeres de la oportunidad de un tratamiento equitativo de su caso.

Asimismo, la Decisión del Comité de la CEDAW, en el Caso, LC vs. Perú - octubre 2011- basado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁸, resulta un importante precedente en el ámbito de protección de los derechos de las mujeres y niñas, por cuanto el Comité, además de abordar el derecho del aborto en casos de violencia sexual, **reconoció la obligación de protección reforzada, que recae sobre las niñas, adolescentes y mujeres como mayores víctimas de violencia sexual**⁹.

El mismo Comité, en la Recomendación General, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, examina las obligaciones de los Estados Partes para asegurar que las mujeres tengan acceso a la justicia, siendo una de ellas, el asegurar que las **niñas cuenten con mecanismos independientes, seguros, eficaces, accesibles, tomando en cuenta su situación y el interés superior**.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos

⁸ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por el Estado boliviano por la Ley 1100 de 15 septiembre de 1989.

⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Caso L. C. vs. Perú, Comunicación 22/2009 de 18 de junio. Documento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) CEDAW/C/50/D/22/2009 (25 de noviembre de 2011).



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Humanos, a través de la Corte IDH, al tiempo de pronunciarse sobre los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, en el Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala -Sentencia de 19 de mayo de 2014 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas¹⁰-, sostiene en el párrafo 133, que: "...en relación con niñas, los derechos y obligaciones antedichos deben observarse en el marco del acatamiento del art. 19 de la Convención Americana y siendo pertinente, atendiendo a lo dispuesto en la Convención Belém do Pará. El art. 19 de la Convención establece, como se ha dicho en otras oportunidades, el derecho de 'los y las niñas a (...) medidas especiales de protección que deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto'. El Tribunal ha indicado, asimismo, que '...la adopción de tales medidas [...] corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que el niño o niña pertenece'. Además, la Corte 'ha reiterado que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a derechos humanos son niñas y niños' quienes 'en razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado'. En ese sentido, 'han de ceñirse al criterio del interés superior del niño las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos'. Por otra parte, el art. 7 de la Convención de Belem do Para, sobre el que el Tribunal es competente (...) instituye deberes estatales para 'prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer' que especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana, tales como los establecidos en los arts. 4, 5 y 7".

Estos instrumentos jurídicos visibilizan la vulnerabilidad a la que está expuesta las niñas y adolescentes, lo que exige por su importancia, mayor diligencia de parte de los actores políticos como el Estado y otros de carácter social como la familia y la sociedad, cuando se trata de proteger y asegurar el ejercicio de sus derechos, frente al hecho o posibilidad de vulneración de los mismos, en los que subyacen actos de violencia, con el fin de erradicarlos.

En el marco de dichas normas el Estado Plurinacional de Bolivia en la Constitución Política del Estado en su art. 15, reguló que: "I. Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual (...) II. **Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir** violencia física, **sexual o psicológica**, tanto en la familia como en la sociedad. III. El Estado adoptará las medidas necesarias para **prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional** (...) tanto en el ámbito público como privado..." (las negrillas son nuestras).

De este modo, se puede ver que el constituyente boliviano, sobre el

¹⁰ Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ninosninas3.pdf>.



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

problema de la violencia contra la mujer, fue preciso en reconocerle un derecho específico del que deriva la obligación para el Estado, en todos sus niveles, **no solo de investigar y sancionar actos de violencia contra la mujer, sino, de actuar en las distintas etapas y manifestaciones de este fenómeno**, así como de ofrecer reparación y socorro a las víctimas a fin de preservar su integridad; por tanto, cualquier inacción resultaría desde el punto de vista jurídico, reprochable.

En ese sentido el Código Niña, Niño y Adolescente, tiene por objeto garantizar el ejercicio pleno e integral de los derechos de la niña, niño y adolescente, implementando el Sistema Plurinacional Integral de la Niña, Niño y Adolescente (SPINNA), para garantizar la vigencia plena de sus derechos, mediante la corresponsabilidad del Estado, a través de todos sus niveles, instituciones públicas y privadas, en todos sus niveles, la familia y la sociedad. Este nuevo instrumento legal se basa en once principios; cuales son, interés superior, prioridad absoluta, igualdad y no discriminación, equidad de género, desarrollo integral, corresponsabilidad, ejercicio progresivo de derechos y especialidad.

En el Capítulo VIII del citado Código, se desarrolla el derecho a la integridad personal y la protección contra la violencia a las niñas, niños y adolescentes, priorizando el resguardo contra cualquier forma de vulneración a su integridad sexual; disponiendo se diseñen e implementen políticas de prevención y protección contra toda forma de abuso, explotación o sexualización precoz. Así, el art. 145.I, establece que: "La niña, niño y adolescente, tiene derecho a la integridad personal, que comprende su integridad física, psicológica y sexual".

Por su parte, el art. 148.II inc. a) del CNNA, respecto a este sector poblacional, prevé el derecho de ser protegidas y protegidos contra la violencia sexual; la cual es definida como: "...toda conducta tipificada en el Código Penal que afecte la libertad e integridad sexual de una niña, niño o adolescente". Asimismo, el art. 157 del referido Código, en el marco del derecho de acceso a la justicia, establece: "**I.** Las niñas, niños y adolescentes, tienen el derecho a solicitar la protección y restitución de sus derechos, con todos los medios que disponga la ley, ante cualquier persona, entidad u organismo público o privado (...) **IV.** La preeminencia de los derechos de la niña, niño y adolescente, implica también, la garantía del Estado de procurar la restitución y restauración del derecho a su integridad física, psicológica y sexual. Se prohíbe **toda forma de conciliación o transacción** en casos de niñas, niños o adolescentes víctimas de violencia" (las negrillas son incorporadas).

Asimismo el art. 49 del Reglamento del prenombrado Código, aprobado por Decreto Supremo (DS) 2377 de 27 de mayo de 2015, señala que las autoridades judiciales o administrativas no podrán invocar la falta de

46



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

normativa o procedimiento que justifique el desconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En esta misma línea, se promulgó la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia con el objeto de establecer mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención, protección y reparación a las mujeres en situación de violencia.

De la misma manera, la referida Ley, implementó el Sistema Integral Plurinacional de Prevención, Atención, Sanción y Erradicación de la Violencia en Razón de Género (SIPASSE), con el fin de garantizar a las mujeres, una vida digna en el ejercicio de sus derechos; de igual forma, modificó los artículos referentes a delitos que atentan la libertad sexual, contenidos en el Código Penal.

Esta misma Ley, establece que la erradicación de la violencia hacia las mujeres es una prioridad nacional y señala: "**ARTÍCULO 3. (PRIORIDAD NACIONAL)** I. El Estado Plurinacional de Bolivia asume como prioridad la erradicación de la violencia hacia las mujeres, por ser una de las formas más extremas de discriminación en razón de género".

En este entendido, el art. 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP), establece que en los delitos cometidos contra niñas, niños y adolescentes, el Ministerio Público debe brindar una protección especial a los mismos.

Conforme al andamiaje normativo desarrollado, el Estado Plurinacional de Bolivia, ha puesto como una prioridad absoluta la lucha contra la violencia hacia las mujeres víctimas de violencia sexual conectada a la violencia contra niñas y adolescentes, demandando a todas las instituciones públicas, las autoridades judiciales y administrativas adopten las medidas y políticas necesarias para erradicar la violencia contra las mujeres, dando prioridad a su resolución pronta; por lo que tanto las autoridades judiciales, como del Ministerio Público y la Policía Boliviana, deben tomar en cuenta el enfoque interseccional, cuando se trate de niñas, niñas o adolescentes víctimas de violencia, a efectos de actuar inmediatamente, adoptando las medidas de protección que sean necesarias, evitando todas aquellas acciones que se constituyan en revictimizadoras y no tomen en cuenta el interés superior de estos.

III.3. El derecho a la familia y el acogimiento circunstancial

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a vivir en una familia¹¹, es un derecho fundamental reconocido por la Convención sobre los Derechos del

¹¹ De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia. La Corte, en la decisión "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño". Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A No. 17, sostiene que el concepto de vida familiar "no



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Niño así como por la legislación nacional e internacional, toda vez que, la familia representa el núcleo central de protección de la infancia; en ese entendido, los Estados se hallan obligados no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y el fortalecimiento del núcleo familiar¹².

El derecho a la familia, como medio natural y de garantía del desarrollo integral, reconocido por normativa internacional como nacional, se ve vulnerado por diversos factores, entre ellos la capacidad limitada de cuidado y protección de las familias que generan violencia y maltrato hacia los hijos e hijas.

En ese entendido, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 -ratificada por Bolivia a través de la Ley 1152 de 14 de mayo de 1990-, en su preámbulo, reconoce a la familia como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, de la misma forma la consagración del derecho a la familia va a desarrollar una vida familiar libre de injerencias ilegítimas se encuentra también declarada en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos en los arts. 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹³ (PIDESC).

Tal como se desarrolló en el Fundamento Jurídico precedente el art. 19 de la CADH, establece el derecho a las medidas de protección de las niñas, niños y adolescentes que su condición de menores requieren por parte de su familia, la sociedad y Estado, de forma similar se pronuncia la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. VII.

Respecto al derecho a vivir en familia, el art. 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", contempla el derecho de todo niño y niña a las medidas de protección que en su condición de menores de edad requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado, estableciendo asimismo que todo niño o niña "...tiene

está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio" y el término "familiares" debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano" (párr. 70).

¹² Palummo, J. (2013). *La situación de los niños, niñas y adolescentes en instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe*. UNICEF

¹³ Palummo, J. (2013). *La situación de los niños, niñas y adolescentes en instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe*. UNICEF



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre..." (el subrayado es nuestro).

El Estado Plurinacional de Bolivia a la luz de los tratados y convenios internacionales en la Constitución Política del Estado en su Sección V arts. del 58 al 61, desarrolla ampliamente los derechos de los niños entre los que se encuentra el derecho a la familia el cual debe ser garantizado al menos que sea contrario al interés superior del niño (art. 59.II); con relación a las normas infraconstitucionales primero promulgó la Ley 2026 de 27 de octubre de 1999 que después fue abrogada por la Ley 548 -Código Niña, Niño y Adolescente- que brinda una importancia particular al derecho a vivir en familia de la niña, niño y adolescente, con lineamientos normativos que garantizan el derecho a la familia cuyo art. 35.I señala que: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir, desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen o excepcionalmente, cuando ello no sea posible o contrario a su interés superior, en una familia sustituta que le asegure la convivencia familiar y comunitaria".

El art. 37 del mismo cuerpo normativo, indica que: "La niña, niño o adolescente por ningún motivo será separado de su madre o padre, salvo las previsiones de este Código".

En este sentido, el Estado Plurinacional de Bolivia brinda garantías constitucionales para que el derecho a vivir en familia sea respetado y cumplido velando por la seguridad, protección y desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes; empero, surgen situaciones que contravienen su interés superior ya que sufren violencia, maltrato, al interior en sus hogares o abandono, caso en los cuales excepcionalmente podrán ser separados de sus progenitores.

III.4. Separación excepcional de la niña, niño o adolescente de su familia

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño, remarca la importancia de las familias como un derecho fundamental de las niñas, niños y adolescentes también regula los casos en los que de manera excepcional puede existir la separación de los padres y madres, en ese contexto en su art. 9 señala: **"Sobre la separación de los padres y madres 1. Los Estados Partes velarán por que 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 en el interés superior del niño.** Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus

X



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño." (las negrillas son nuestras).

La Convención sobre los Derechos del Niño, establece los parámetros de protección en casos de niños privados de medio familiar y en su art. 20 regula que: "Protección de los niños privados de su medio familiar
1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado" (el resaltado y subrayado son incorporadas).

Con relación al apartamiento de la familia el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, haciendo referencia a que esta separación sólo puede ser justificada por el interés superior del niño, señaló: "73. **Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño.** Al respecto, la Directriz 14 de Riad ha establecido que [c]uando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el 'desplazamiento' de un lugar a otro. (...) 75. Esta Corte destaca los travaux préparatoires de la Convención sobre los Derechos del Niño, **que ponderaron la necesidad de que las separaciones de éste con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal**, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. En el mismo sentido se pronuncian las Reglas de Beijing (17, 18 y 46). (...) 77. En **conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia.** En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal" (el resaltado nos corresponde).

En esa misma línea la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, puntualizó que las separaciones de los niños del seno familiar sólo podrán ser justificadas en el interés superior del niño. "125. Por otro lado, el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el art. 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza

JK



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive **las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.** En el mismo sentido: Asunto L.M. respecto Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 01 de julio de 2011, párr. 14." (las negrillas son nuestras).

El Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas el 2005, recomendó la creación de estándares internacionales para la protección de los niños sin cuidado parental. En respuesta a esta recomendación, se inició la construcción de las Directrices Sobre las Modalidades Alternativas del cuidado de los Niños, aprobado por la Asamblea General de las Organización de Naciones Unidas (ONU) de 18 de diciembre de 2009¹⁴, que si bien no es un instrumento vinculante tienen un impacto potencial; toda vez que, sus principios fueron aprobados por las Naciones Unidas lo hace en si relevante y permite que funcione como un referente fundamental para promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; en ese marco, estas Directrices con relación al acogimiento de las niñas niños y adolescentes en centros de acogida para su cuidado y protección ha señalado algunos principios básicos para que se asuma esta medida como el **principio de necesidad.**- Tiene dos puntos de acción: **1)** Implica prevenir situaciones y condiciones que puedan desembocar en las modalidades alternativas de cuidado que no sea el seno familiar; y, **2)** Garantizar que los niños ingresen únicamente al sistema de modalidades alternativas de cuidado si todos los medios posibles para mantenerlos con sus padres o su familia ampliada ha sido examinado. Considerando que la modalidad de esta medida debe ser evaluada periódica y constantemente; el **principio de idoneidad.**- Si se determina que un niño efectivamente requiere de una modalidad alternativa de cuidado, esta debe ser proveída en una forma adecuada. Esto significa que todos los entornos de cuidado deben cumplir con estándares mínimos generales y el entorno de cuidado corresponda a cada niño involucrado en particular.¹⁵

Las directrices tienen por objeto promover la aplicación de la Convención sobre Derecho de los Niños y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativos a la protección y bienestar de los niños privados del cuidado parental.

En ese marco normativo, como ya se señaló en los Fundamentos Jurídicos precedentes el Estado Boliviano ha inscrito en el art. 60 de la CPE que **es deber del Estado en todos sus niveles, la familia y la sociedad garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y**

¹⁴ <https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>

¹⁵



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

adolescente, siendo esta su principal función; por su parte, el art. 59 del mismo cuerpo normativo, prevee que: **"II. Toda, niña, niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer en el seno de su familia** de origen o adoptiva. **Cuando ello no sea posible, o sea contrario a su interés superior, tendrá derecho a una familia sustituta de conformidad con la ley."** (las negrillas son nuestras).

Preceptos normativos que se encuentran ampliamente desarrollados en el art. 53 del CNNA, en la sección de acogimiento circunstancial, señaló que: **"El acogimiento circunstancial es una medida excepcional y provisional, efectuada en situaciones de extrema urgencia o necesidad en favor de una niña, niño y adolescente, cuando no exista otro medio para la protección inmediata de sus derechos y garantías vulnerados o amenazados"** (las negrillas son añadidas).

Precepto normativo, que guarda concordancia con el art. 54 del mismo cuerpo normativo: **"I. Las personas y entidades que reciban a la niña, niño o adolescente, están obligadas a comunicar el acogimiento circunstancial a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia o autoridades comunitarias, dentro las veinticuatro (24) horas siguientes del momento del acogimiento. II. La Defensoría de la Niñez y Adolescencia deberá poner en conocimiento de la autoridad judicial en materia de Niñez y Adolescencia o autoridad judicial de turno, el acogimiento circunstancial, dentro de las veinticuatro (24) horas de conocido el hecho. (...)** III. Esta medida será evaluada permanentemente y su aplicación no se considerará privación de libertad." (las negrillas fueron incorporadas).

Si bien en el momento que se constituyó el acto lesivo que es objeto de análisis por la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, aún no se encontraba en vigencia la Ley 1168 de 12 de abril de 2019, Ley de Abreviación Procesal para Garantizar la Restitución del Derecho Humano a la Familia de las Niñas, Niños y Adolescentes" es importante señalar que la misma hizo modificaciones con relación al art. 54 del CNNA, señalando que: "I. La Defensoría de la Niñez y Adolescencia deberá poner en conocimiento de la autoridad judicial en materia de Niñez y Adolescencia o autoridad judicial de turno, el acogimiento circunstancial, dentro de las setenta y dos (72) horas de conocido el hecho. II. Si en el transcurso de este plazo la madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor, solicita a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia la reintegración de la niña, niño o adolescente, ésta deberá ser otorgada previa valoración psico-social, suscribiéndose un acta de compromiso de protección por una única vez, que no será aplicable en caso de reincidencia. Durante el plazo de las setenta y dos (72) horas previstas en el Parágrafo precedente, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia asumirá el cuidado y protección de la niña, niño o adolescente. III. La Jueza o Juez Público en materia de Niñez y

4



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Adolescencia, a partir del conocimiento del acogimiento circunstancial, emitirá en el plazo de veinticuatro (24) horas la resolución de acogimiento circunstancial de la niña, niño o adolescente. IV. Cuando un municipio no cuente con las condiciones para proceder al acogimiento circunstancial de una niña, niño o adolescente, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia pondrá a conocimiento de la Jueza o Juez Público Mixto de turno de su jurisdicción, a fin de que se disponga la notificación a la Instancia Técnica Departamental de Política Social, para que proceda al acogimiento conforme al procedimiento y los plazos establecidos en éste Código, conforme al principio de interés superior del niño. Durante el acogimiento circunstancial, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del municipio remitente deberá agotar la búsqueda e identificación de la familia de la niña, niño o adolescente en coordinación con la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del municipio receptor. V. El acogimiento circunstancial tendrá una duración máxima de treinta (30) días, tiempo en el cual la Defensoría de la Niñez y Adolescencia agotará la búsqueda e identificación de la familia de la niña, niño o adolescente. Esta medida será evaluada permanentemente por la autoridad judicial y su aplicación no se considerará privación de libertad" (el subrayado nos corresponde).

Al respecto el art. 55 del CNNA, sobre la derivación a una entidad de acogimiento, expone: "I. **La derivación de la niña, niño o adolescente a una entidad pública o privada de acogimiento, constituye una medida de protección excepcional, transitoria, dispuesta únicamente por la Jueza o Juez, mediante resolución fundamentada**, cuando no se pueda aplicar ninguna de las otras medidas de protección previstas en la presente Sección" (las negrillas son nuestras).

Con relación a los centros de acogida el art. 174 del indicado Código, señala: "I. **Los centros de acogimiento recibirán, previa orden judicial, a niñas, niños y adolescentes, únicamente cuando no exista otro medio para la protección inmediata de los derechos y garantías vulnerados o amenazados.** II. **Los centros de acogimiento recibirán, con carácter excepcional y de emergencia, a niñas, niños y adolescentes a los que no se les haya impuesto una medida de protección.** En este caso, el centro de acogimiento tiene la obligación de comunicar el acogimiento a la Jueza o Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia más cercano, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes" (las negrillas fueron añadidas).

Precepto normativo que guarda concordancia con lo previsto en el art. 188 del CNNA, sobre las atribuciones de las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, concordante con el art. 55 del DS 2377, establece que: "(Obligación de comunicar el acogimiento circunstancial por autoridades comunitarias). **Las autoridades comunitarias que tomen conocimiento del acogimiento**



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

circunstancial de la niña, niño y adolescente deberán informar a la autoridad jurisdiccional o administrativa más cercana dentro de un plazo máximo de setenta y dos (72) horas de conocido el acogimiento circunstancial” (las negrillas son nuestras).

Como se puede advertir el Código Niña, Niño y Adolescente regula los casos y el procedimiento a seguir en las situaciones de acogimiento circunstancial el mismo debe ser transitorio y de manera excepcional debiendo la Defensoría de la Niñez y Adolescencia o autoridades comunitarias, comunicar dentro las setenta y dos horas a la jueza o juez público en materia de la niñez y adolescencia más cercano, toda vez que este acogimiento no debe durar mucho tiempo y debe contar con un acompañamiento psico-social.

III.5. Interés superior del niño

El interés superior del niño, ha sido reconocido en los instrumentos internacionales, como el art. 25.2 de la DUDH, el segundo principio de la Declaración de los Derechos del Niño, que remarca el goce de una protección especial para el desarrollo físico, mental y social de todos los niños; el art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño”; en ese mismo sentido, se encuentran los arts. 9, 18, 20, 21 de la misma Convención.

Es importante mencionar en el ámbito internacional, a la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde se pronuncia sobre el interés superior del niño, señalando que: “Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades¹⁶. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”¹⁷.

¹⁶ En igual sentido el principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) estableció lo siguiente: El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. Así también el Principio 10 de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo adoptada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994) señala: [...] El interés superior del niño deberá ser el principio por el que se guíen los encargados de educarlo y orientarlo; esa responsabilidad incumbe ante todo a los padres [...]

¹⁷ Opinión Consultiva OC.17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2002 http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, p.62.



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Ahora bien, sobre el objetivo de proteger el interés superior del niño la Corte en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo de Reparaciones y Costas), señaló: "108. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades¹⁸. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere 'cuidados especiales', y el art. 19 de la Convención Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'"¹⁹.

En el Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo de Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, la Corte expuso que: "184. [...] La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad". En el mismo sentido, se encuentra el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, en su párrafo 257.

Ahora bien, la Constitución Política del Estado en sus arts. 59 y 60, consagra el interés superior de la niña, niño y adolescente, al igual que en los arts. 9 y 12 del CNNA.

Este Tribunal en la SCP 0129/2012 de 2 de mayo, entendió que el principio del interés superior del niño cumple un papel regulador de la normativa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, fundándose básicamente en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de procurar su desarrollo integral, estableciendo en su Fundamento Jurídico III.2., que: *"Así es que el interés superior del niño cumple un papel regulador de la normativa de los derechos del niño y se funda básicamente en la dignidad del ser humano, las características de los niños y la necesidad de procurar su desarrollo integral. En ese orden, el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, reconoce que: 'El*

¹⁸ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56. En igual sentido, ver: Preámbulo de la Convención Americana.

¹⁹ Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 122, párr. 60.

g



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño; para luego enfatizar este principio en el artículo posterior, indicando que '1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño'.

III.6. Obligación de denunciar cualquier acto de violencia contra niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual

El Estado Plurinacional de Bolivia, aplica los estándares normativos internacionales, de protección generada sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, consagrando en la Constitución Política del Estado, la atención prioritaria y la protección de los derechos de las mujeres, de las niñas y de las adolescentes, víctimas de cualquier tipo de violencia, en ese marco se crearon las el Código Niña, Niño y Adolescente y la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia.

En el Fundamento Jurídico precedente, se desarrolló ampliamente los tipos de violencia que sufren las niñas, niños y adolescentes previo a su ingreso a los centros de acogimiento circunstancial, existiendo entre estos las víctimas de violencia sexual, quienes son remitidos como una medida de protección excepcional, transitoria y en consideración a la extrema urgencia y necesidad, pues la atención a este grupo vulnerable de personas debe ser prioritario y de atención inmediata por todos los niveles, instituciones públicas y privadas del Estado.

En mérito a esa línea de pensamiento el Código Niña, Niño y Adolescente señala: "ARTÍCULO 155. (OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR). I. **Todas las personas, sean particulares, servidoras y servidores públicos, que tengan conocimiento de hechos de violencia en contra de las niñas, niños o adolescentes, están obligados a denunciarlos en un plazo máximo de veinticuatro (24) horas** de conocido el hecho, ante las Defensorías de la Niñez y Adolescencia o cualquier otra autoridad competente." (las negrillas fueron añadidas).

Precepto normativo que es inspirado en la necesidad de dar atención prioritaria y rápida a las niñas, niños y adolescentes víctimas de cualquier tipo de violencia.

Asimismo, el Protocolo de Prevención, Atención y Sanción a Toda Forma de



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Vulneración a la Integridad Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes aprobado mediante Resolución Ministerial (RM) 72/2017 de 8 de mayo, señala que cualquier persona que conoce de un acto de violencia puede hacer la denuncia ante las instancias pertinentes que deberán atender de manera prioritaria brindando toda la protección física y emocional de la víctima resguardándola de todo lo que pueda ponerle en peligro, debiendo además garantizar su atención psicoterapéutica.

De la misma forma insta a que en los casos donde exista vulneración a los derechos sexuales de las niñas niños y adolescentes, las denuncias sean atendidas de manera prioritaria debiendo las autoridades actuar de manera inmediata sin ningún tipo de dilación.

En ese mismo entendido la Ley 348, regula que su aplicación es preferente respecto a cualquier otra norma, debiendo ser utilizada de forma inmediata para salvaguardar la vida, la integridad física, psicológica y sexual de las mujeres en situación de violencia.

El art. 86 de la Ley Integral para Garantizar a las mujeres un Vida Libre de Violencia, hace referencia a los principios procesales en el procedimiento penal para delitos de violencia contra las mujeres, regulando como segundo principio la: "Celeridad. Todas las operadoras y operadores de la administración de justicia, bajo responsabilidad, deben dar estricto cumplimiento a los plazos procesales previstos, sin dilación alguna bajo apercibimiento".

En ese contexto normativo prenombrada Ley, ha inscrito un bagaje de medidas de protección para las mujeres, en situación de violencia, preceptos normativos que son de pleno uso para el tratamiento de casos de violencia contra niñas, niños y adolescentes, más aun si se tratan de casos de violencia sexual; por lo que, en su art. 32, bajo el capítulo de Medidas de Protección define la finalidad de estas medidas y establece que: "I. Las medidas de protección tienen por objeto **interrumpir e impedir un hecho de violencia contra las mujeres, o garantizar, en caso de que éste se haya consumado, que se realice la investigación, procesamiento y sanción correspondiente.** II. Las medidas de protección son de aplicación inmediata, **que impone la autoridad competente para salvaguardar la vida, la integridad física, psicológica, sexual, derechos patrimoniales, económicos y laborales de las mujeres en situación de violencia y los de sus dependientes**" (las negrillas son añadidas).

El art. 35 de la aludida Ley, sobre las medidas de protección regula que los jueces pueden asumir todas las medidas que sean necesarias para preservar la integridad física de las mujeres y señala que: "ARTÍCULO 35. (MEDIDAS DE PROTECCIÓN). Las medidas de protección que podrá dictar la autoridad competente son las siguientes: (...) 19. Todas las que



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

garanticen la integridad de las mujeres que se encuentran en situación de violencia”.

El art. 86.7 del mismo cuerpo normativo, haciendo referencia a los principios procesales estableció: “7. Protección. Las juezas y jueces inmediatamente conocida la causa, dictarán medidas de protección para salvaguardar la vida, integridad física, psicológica, sexual, los derechos patrimoniales, económicos y laborales de las mujeres en situación de violencia.”.

Si bien las citadas normas están vinculadas a mujeres víctimas de violencia las mismas están conectadas a la violencia contra niñas y adolescentes.

Es necesario hacer referencia a la Ley de Abreviación Procesal Penal y de Fortalecimiento de la Lucha Integral contra la Violencia a Niñas, Niños, Adolescentes y Mujeres, -Ley 1173 de 3 de mayo de 2019-; que si bien aún no se encuentra en vigencia, es ilustrativo para este caso dado que en el mismo incorporó el art. 389 bis “Medidas de Protección Especial”, que señala: “...la jueza o el juez al tomar conocimiento de delitos previstos en el artículo precedente, de oficio o a pedido de parte, de la víctima o de su representante, sin necesidad de que se constituya en querellante, podrá aplicar al imputado las siguientes medidas de protección especial: Para niñas, niños o adolescentes (...) 13. Fijación provisional de la guarda, debiendo otorgar inmediato aviso a la jueza o juez en materia de la niñez y adolescencia, y a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia...”.

Al respecto la SCP 0346/2018-S2 de 18 de julio, señaló que: “*Las medidas de protección contempladas en la citada Ley 348, son mecanismos procesales destinados a neutralizar o minimizar los efectos nocivos del ejercicio de la violencia contra la mujer y la persona que por su situación de vulnerabilidad sufra cualquiera de las formas de violencia contra la mujer, independiente de su género; salvaguardando de esta manera, la vida, la integridad física, psicológica, sexual, los derechos patrimoniales, económicos y laborales de la víctima y sus dependientes; las cuales, son de aplicación inmediata.*”

Dichas medidas son emitidas por el Ministerio Público y homologadas por la autoridad jurisdiccional; consecuentemente, de acuerdo a las circunstancias, adquieren un carácter preventivo, así como disuasivo de los efectos de la violencia.

Ahora bien, los tipos de medidas de protección se encuentran previstos en el art. 35 de la Ley 348 y se caracterizan por ser medidas integrales; pues, no solo están dirigidas a interrumpir o impedir la violencia física como tal, sino, a otorgar los medios necesarios para afrontar la violencia e inclusive, disponer de los medios económicos necesarios que les permitan cubrir sus

8



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

propias necesidades y las de sus hijas e hijos". Entendimiento que es plenamente aplicable y adoptable a los casos de las niñas y adolescentes.

Sobre la base del citado marco normativo y los Fundamentos Jurídicos III.1, III.2, III.3, III.4 y III.5., desarrollados en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, con el fin de garantizar la integridad de las niñas, niños y adolescentes en situación de violencia sexual este Tribunal, establece que:

Cualquier persona²⁰ al tomar conocimiento de un acto de violencia sexual contra una niña, niño o adolescente, debe hacer la denuncia ante el Ministerio Público, Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen (FELCV), el Servicio Legal Integral Municipal (SLIM), Defensoría de la Niñez y Adolescencia, Servicio Plurinacional de Asistencia a la Víctima (SEPAVI), debiendo estas instituciones de inmediato brindar la atención física y emocional²¹ prioritaria; en caso de que exista extrema necesidad y por ser mejor para el interés superior de la niña, niño o adolescente, dichas instancias podrán disponer su acogimiento circunstancial en un centro de acogida transitorio, debiendo poner en conocimiento de esta situación dentro de las veinticuatro horas a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia así como al juez o jueza de la niñez y adolescencia; en caso de que estas medidas no hayan sido asumidas por las instancias pertinentes y durante la tramitación del proceso penal el juez de instrucción penal o el tribunal de sentencia consideran que en la tramitación de la causa por ser conveniente al interés superior del niño y por la necesidad, podrá disponer como medida de protección el acogimiento circunstancial o la fijación provisional de la guarda, así como la imposición de terapias psicológicas para la niña, niño o adolescente víctima de violencia sexual, debiendo poner en conocimiento esta decisión en el plazo de veinticuatro horas, a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia quien deberá proceder conforme a normativa informando a la jueza o juez de la niñez y adolescencia.

III.7. Análisis del caso concreto

En el caso enviado en revisión, la accionante denuncia como acto lesivo que el Juez de Instrucción Penal Segundo de Cobija del departamento de Pando, emitió el Auto Interlocutorio 77/2018 de 6 de julio, disponiendo la detención preventiva de Moisés Núñez, imputado por la presunta comisión del delito de abuso sexual; empero, también ordenó el acogimiento circunstancial de su hija NN de diez años de edad, en el SEDEGES; situación que vulnera sus derechos ya que ella como madre tiene la guarda de la niña, señalando además que ese Juez no tenía competencia para disponer esa medida ya que el Código Niña Niño y Adolescente establece que sólo el juez de la niñez y adolescencia puede disponer este

²⁰ Art. 55 del CNNA

²¹ Contención emocional

48



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

acogimiento; por otro lado, la medida no fue solicitada por el Ministerio Público ni por la Defensoría, siendo la abogada del padre de la niña la única que solicitó.

Identificado el acto lesivo y de la revisión de los documentos adjuntos al expediente, se evidencia que la Fiscalía imputó a Moisés Núñez por la presunta comisión del delito de abuso sexual a su sobrina de diez años de edad, hecho que se habría iniciado cuando la niña tenía ocho años, y el imputado y la ahora accionante vivían en la misma casa. Por esa razón en audiencia de consideración de medidas cautelares donde participaron la Fiscal de Materia, la abogada de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia y la abogada del papá de la niña, el Juez de Instrucción Penal Segundo de Cobija del departamento de Pando, mediante Auto Interlocutorio 77/2018, dispuso la detención preventiva del imputado y el acogimiento circunstancial de la niña NN en dependencias del SEDEGES, ordenando que se comunique esa decisión al Juez de la Niñez y Adolescencia de esa misma Capital de departamento, en el plazo de veinticuatro horas, esta determinación la fundamentó al percatarse que la víctima se encontraba en situación de violencia porque podría ser perturbada por su madre que es hermana del imputado o influenciada por la familia del padre (Conclusión II.1 y 2).

De lo descrito precedentemente, se evidencia que el Juez demandado consideró la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima que es mujer y niña de tan sólo diez años de edad, que sufrió de abuso sexual desde sus ocho años y que podía ser perturbada por su mamá que es hermana del agresor y que éste vive frente a su domicilio y finalmente porque podría ser influenciada por su papá. En consecuencia, haciendo una adecuada aplicación del corpus juris interamericano, de la normativa nacional y de la jurisprudencia desarrollada en la presente Resolución, concretamente, el razonamiento generado en el Fundamento Jurídico III.6 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional; y al haber estado en contacto directo con las partes, ordenó la medida de protección de acogimiento temporal de la niña NN en un centro de acogimiento circunstancial del SEDEGES, facultad que si tenía, puesto que esa determinación respondía al interés superior de la niña, determinando además que sea transitoria y provisional, pues ordenó que en el plazo de veinticuatro horas, se dé conocimiento al Juez de la Niñez y Adolescencia, esto con el fin de que se cumpla lo regulado en el Código Niña, Niño y Adolescente, pues esa autoridad conjuntamente su equipo interdisciplinario es la competente para actuar y evaluar la situación conforme a normativa y al interés superior de la niña.

De acuerdo a lo anotado precedentemente, se evidencia que el Juez demandado valoró adecuadamente la normativa internacional y nacional, así como la jurisprudencia aplicable, en este tipo de casos disponiendo que en el

4



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

plazo de veinticuatro horas, ese traslado sea comunicado al juez de la niñez y adolescencia, autoridad idónea para establecer la mejor medida de protección de las niñas, niños y adolescentes; por lo cual, no se advierte la vulneración de ningún derecho constitucional; consecuentemente, corresponde denegar esta acción de amparo constitucional.

Llama la atención que a pesar de que la Defensoría de la Niñez y Adolescencia estuvo presente en la audiencia de medidas cautelares, no se hubiese pronunciado sobre el acogimiento circunstancial de la niña NN, tampoco realizó el seguimiento respectivo a la situación psico-socio-legal ante el juzgado de la niñez y adolescencia, cuando es parte de sus atribuciones²² y más aún que no haya participado activamente en la audiencia de acción de amparo, cuando esa es una obligación sancionada²³.

En consecuencia, la Jueza de garantías al **conceder** la tutela solicitada, obró de forma incorrecta.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Tercera; en virtud de la autoridad que le confieren la Constitución Política del Estado y el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; en revisión, resuelve: **REVOCAR** la Resolución de 26 de octubre de 2018, cursante de fs. 19 a 21 vta., pronunciada por la Jueza Pública Civil y Comercial Cuarta de Cobija del departamento de Pando; y en consecuencia:

1° DENEGAR la tutela solicitada conforme a los fundamentos jurídicos de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional; y, disponer que:

- i) Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Cobija del departamento de Pando realice una evaluación psico-social a la niña NN y a su entorno familiar a efectos de verificar si es o no necesaria alguna medida de protección;
- ii) La Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Cobija, conjuntamente el Centro de Prevención y Atención Terapéutica (CEPAT), del departamento de Pando, realicen las sesiones terapéuticas de la niña NN hasta su restauración psico-social;
- iii) Por Secretaría General del Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la Unidad de Coordinación, se notifique con esta Sentencia Constitucional Plurinacional a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Cobija.

2° Disponer que en el marco del art. 203 de la CPE, por Secretaría General del

²² Arts. 188, 155, 154, 60 del CNNA.

²³ Art. 50 del D.S. 2377.



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

CORRESPONDE A LA SCP 0363/2019-S3 (Viene de la pág. 24).

Tribunal Constitucional Plurinacional, se otorgue una copia de esta Resolución Constitucional, a los Tribunales Departamentales de Justicia, a la Fiscalía General del Estado y al Comando General de la Policía Nacional para que éstos a su vez, la hagan conocer a las juezas, jueces y tribunales penales y de la niñez y adolescencia de su jurisdicción, así como a los fiscales departamentales y de materia, y a los efectivos policiales de la FELCV, con el fin de que en los casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes tomen en cuenta lo desarrollado en el Fundamento Jurídico III.6 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional.

3° Exhortar a los Presidentes de la Asociación de Municipios de: Chuquisaca (AMDECH); Beni (AMDEBENI); Oruro (AMDEOR); Potosí (AMDEPO); Pando (AMDEPANDO); Cochabamba (AMDECO); Santa Cruz (AMDECRUZ); La Paz (AMDEPAZ); y, Tarija (AMT). Difundan, la presente Sentencia Constitucional Plurinacional en todos los Gobiernos Autónomos Municipales de cada departamento a efectos de su socialización en las Defensorías de la Niñez y Adolescencia y en los Servicios Legales Integrales Municipales de cada municipio.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.


MSc. Paul Enrique Franco Zamora
MAGISTRADO


MSc. Brigida Celja Vargas Barañado
MAGISTRADA