

unicef 

para cada infancia



EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

TEMA 5

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN ALGUNOS PROCEDIMIENTOS ESPECÍFICOS

Contenido: Consideraciones en torno el ISN en los procedimientos que involucran adolescentes en conflicto con la ley penal. El ISN en materia de Instituciones familiares: Permanencia de NNA en la familia de origen; atribución de la guarda, adopción.

No se debe esperar, en este Módulo, fórmulas para saber de ante mano cual sería el ISN en los casos de problemas familiares o de adolescentes en conflicto con la ley. Aquí vale todo lo expresado en el módulo anterior, en lo referente al trato particularizado de cada caso. Añádase que la idea de tener casos pre resueltos, sin tener en cuenta la singularidad de cada NNA y las circunstancias propias de cada situación contradice lo que significa el ISN.

Lo que se planteará, a continuación, son consideraciones de fondo que, de alguna forma, contribuirán para la toma de decisiones en ciertos procedimientos.

5.1. Consideraciones en torno al ISN en los procedimientos que involucren adolescentes en conflicto con la ley penal

El adolescente en conflicto con la ley penal (ACLP) es aquel que ha realizado una conducta previamente definida como delito, ha sido imputado por esa conducta, se ha sometido al debido proceso, ha sido declarado responsable y recibido una sanción socio-educativa. En Bolivia son llamados, en nuestra opinión erróneamente, “adolescentes con responsabilidad penal”. Esta denominación luce equivocada porque un adolescente sólo es responsable después de condenado definitivamente, para lo cual hay que someterlo al proceso penal especializado previsto en los artículos 283 al 315 del CNNA y durante el cual hay que resguardar su Interés Superior.

Todos y cada uno de los integrantes del Sistema Penal para Adolescentes señalados en el artículo 260 del CNNA (Policías, Fiscales, Defensores, Juezas y Jueces, SEDEGES, el personal de los Programas) están comprometidos con la consideración primordial del ISN, puesto que por mandato legal (artículo 231.II del CNNA) están obligados a asegurar los derechos reconocidos a favor de dichos adolescentes. Y dígame, desde ya que la observancia del ISN de los ACLP está estrechamente vinculado con la garantía de sus derechos en todas las fases del proceso, incluyendo la de ejecución de sentencia.

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

El ISN no es incompatible con la atribución de responsabilidad al adolescente por el hecho punible cometido, ni con la sanción que se le imponga cuando se demuestre su culpabilidad. Es más, el ISN no puede interpretarse como un mecanismo que permite la impunidad, ni tampoco evocarse para este fin.

La impunidad no es buena para nadie, mucho menos para el adolescente. Todo lo contrario: en la medida de que el ACLP entienda que es sujeto de derechos, pero que también tiene el deber de respetar el derecho de los demás (Art. 158 CNNA) en aras de bien común, será posible lograr su desarrollo integral, mediante el ejercicio de su ciudadanía.

Muchos operadores del Sistema Penal para Adolescentes, a todos los niveles, aún alimentan un discurso a favor del adolescente como víctima de su entorno social carenciado y no terminan de reconocerlo como capaz de asumir, con responsabilidad, las consecuencias de sus actos. Este apego cultural a un modelo superado obliga a insistir en que el cambio de conducta que se espera de la persona adolescente, el desarrollo pleno de sus capacidades y el logro de una adecuada convivencia familiar y social, que son los objetivos de las sanciones que se le imponen, sólo se puede alcanzar si éste entiende el carácter delictivo de su acto, el daño que causó y las consecuencias jurídicas de su acción, es decir si asume su responsabilidad frente a sí mismo y a la sociedad.

El momento oportuno para que el adolescente empiece a entender lo reprochable de su conducta es durante el transcurso del proceso penal al que es sometido y para lo cual entra en juego la actuación del Juez o Jueza y su disposición/capacidad para garantizar al adolescente un juicio educativo, en todas las fases del proceso, es decir las de investigación, juicio y ejecución. Se trata de hacerle comprender que la sociedad se rige por normas que pautan la vida de todos quienes la integran, vidas que están orientadas por valores que hacen posible la convivencia, la cooperación y la solidaridad. Se trata, además, de la necesidad de dar visibilidad a la autoridad de la ley, desconocida por la persona adolescente cuando cometió el delito.

Ahora bien, para que el procesamiento y sanción al adolescente sea compatible con el ISN, se le debe garantizar todos sus derechos: sustantivos, procesales y de ejecución.

- **Sustantivos:** Inherentes a la persona humana y los que corresponden a su condición de persona en desarrollo. Se trata de los derechos a la Supervivencia, Desarrollo, Protección y Participación contenidos en la CDN y en el CNNA (artículos 16 al 157);

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

- **Procedimentales:** Observables durante el Proceso Penal del Adolescente. Son derechos y garantías procesales reconocidos en los artículos 37 y 40 de la CDN y 262 del CNNA;
- **De Ejecución:** Que se salvaguardan durante el cumplimiento de las sanciones, de acuerdo a varios instrumentos jurídicos internacionales y con el CNNA (artículos 341 y 342).

Los derechos humanos de los Adolescentes en Conflicto con la Ley cuentan con un importante y abundante marco jurídico internacional:

- Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riadh) adoptadas por la Asamblea General en Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana) adoptadas por la Asamblea General en Resolución 45/113, del 14 de noviembre de 1990.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en Resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990.
- Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no privativas de Libertad (Reglas de Bangkok) adoptadas por la Asamblea General en Resolución 35/222, de 21 de diciembre de 2010.

El artículo 26.10 del Reglamento de la Ley N° 30466 del Perú, ya mencionado en el Módulo anterior, señala que en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil el ISN del adolescente consiste, principalmente, en atender, al Principio de la Excepcionalidad de la privación de libertad, según el cual esta se aplicará como último recurso y por el menor tiempo posible; en la posibilidad de acceder a una Justicia especializada que cuente con recursos institucionales, personal especializado y atención multidisciplinaria, aplicando medidas alternativas a la privación de libertad y asegurando todos sus derechos; en el respeto de todas las garantías procesales, en que los centros de internamiento garanticen espacios adecuados, acordes con los estándares de la justicia

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

restaurativa, a modo de garantizar el desarrollo integral del adolescente y su reinserción social.

Se podría concluir entonces que en los procedimientos para ACLP, el resguardo de su ISN pasa para la garantía de sus derechos, sin menoscabo de que la Jueza o el Juez tenga que decidir situaciones de protección o familiares que involucren dichos adolescentes, para lo cual deben entonces seguir las indicaciones hechas en los Módulos anteriores.

5.2. El Interés Superior del Niño en Materia de Instituciones Familiares

En el medio judicial, causa particular angustia y preocupación la determinación del ISN en casos de conflictos familiares que, en efecto involucran muchas dificultades; pues se trata de situaciones delicadas cuya solución tiene impacto sobre la vida presente y futura de NNA.

En efecto, se pueden plantear conflictos, por ejemplo, en la atribución y régimen de la guarda, régimen de visitas, en el ejercicio conjunto de la patria potestad, entre otros. Otro asunto delicado es el relativo a la adopción.

En los casos de conflictos familiares, más que en ninguno, hay la necesidad de individualizar los elementos que habrá de tomarse en cuenta para la determinación de ISN, porque cada familia es un mundo.

No obstante, sobre el particular se sugiere tener en cuenta las siguientes consideraciones generales:

- a) La determinación del ISN en todos los casos que involucren conflictos familiares se encuentra cobijado bajo el mismo paraguas: el derecho a la familia y a la convivencia familiar, lo cual significa garantizar el derecho de NNA a vivir y desarrollarse en su familia biológica o adoptiva (artículo 35 del CNNA), razón por la cual la Jueza o Juez, en aras de su ISN deberá adoptar o exigir se tomen en medidas apropiadas para garantizar ese derecho, a menos que la permanencia de NNA en su familia de origen sea, en sí misma, contraria a dicho interés.
- b) La garantía de ese derecho exige que el Estado cumpla con la obligación que le fue atribuida por el artículo 12 i del CNNA, en el sentido de que debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente sus responsabilidades y ejerza su rol fundamental e irrenunciable de garantizar protección integral de sus hijos. En el mismo sentido, el

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

Estado debe garantizar los derechos reconocidos a favor de las familias en el artículo 3 del Código de las Familias y del Proceso Familiar (Ley 603), brindándole protección debida, conforme lo dispuesto en el artículo 4 *ejusdem*.

Es así como las Juezas y Jueces estarán trabajando en pro del ISN cuando exijan del Estado el cumplimiento de sus obligaciones, utilizando los medios constitucionales y legales que se encuentran disponibles, como es el caso de las Acciones de Defensa.

El mismo artículo 4.V. de la Ley 603 es una contribución a la concreción del ISN cuando expresa:

“La autoridad judicial, al momento de emitir decisiones que afecten a las familias, de manera imparcial, velara por el bienestar, la seguridad mutua y compartida, cuidando la no vulneración de los derechos fundamentales de ninguno de sus miembros”.

- c) La CEP, el CNNA, la Ley 603 y otras normas conexas vigentes en el país contienen distintas disposiciones que contribuyen a dar contenido al ISN. El propio legislador envía mensajes y brinda orientaciones que resultan en verdaderos indicadores en torno a lo más beneficiosos para NNA y que son verdaderas orientaciones, que deben ser considerados por la autoridad judicial al momento de determinar el ISN, que dependerá entonces, en gran parte, del conocimiento que el decisor tenga de la ley y de la correcta interpretación que le de.

A continuación, algunas consideraciones en torno a situaciones en particular.

a) La permanencia del niño en su familia de origen

La CDN desde su Preámbulo reconoce a la familia como el medio natural para el crecimiento de NNA, afirmando que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de una familia, (biológica -nuclear o extendida o sustituta- de guarda o adoptiva).

El mismo instrumento jurídico internacional reconoce el derecho del niño de no ser separado de sus padres, excepto cuando, por razones excepcionales, sea necesario a su interés superior.

En el mismo sentido se pronuncia el legislador patrio en el artículo 35 de la CNNA, posición que se reafirma en el artículo 37, cuando expresa que la niña, niño o adolescente, *por ningún motivo, será separado de su padre o madre*, salvo por las razones expresadas en

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

el Código; y que la falta o carencia de recursos materiales y económicos no constituirán, por sí solos, motivo de separación de NNA de sus progenitores.

Así está claro que: el Interés Superior del Niño estará mejor salvaguardado conviviendo éstos con su familia de origen, primero la nuclear y después la extendida. La CDN y el CNNA son claros: para separar el NNA de su familia de origen es necesario que se demuestre que es más conveniente a su interés superior desvincularlo de su entorno de pertenencia. Sólo en casos *excepcionales*, es decir que la familia de origen no exista o sea comprobadamente disfuncional, NNA serán ubicados en una familia sustituta y en último caso, en un centro de acogida. Esta es la regla que se desprende esas y otras normas.

Pero, para seguirlas es necesario que la autoridad que decide crea en la familia y en sus posibilidades de proteger y garantizar los derechos de sus hijos.

Es necesario luchar por desinstalar una racionalidad que está anclada culturalmente hace mucho tiempo: la demonización de la familia, la declaratoria de su incapacidad para cuidar de sus hijos, la creencia de que la familia “no puede o no quiere” atenderlos y que la respuesta frente a la supuesta incapacidad de la familia es la institucionalización, el internamiento de NNA en Centros, “donde están mejor” y más “protegidos”.

Es necesario creer, tener confianza en la capacidad de los grupos familiares. Si la consideración de la autoridad judicial parte de la desconfianza o se ejerce mediante prácticas o juicios que los subestimen o descalifiquen, lo que resulta es la profundización de la ruptura familiar, la negación del derecho a la familia y la inobservancia del ISN.

b) Atribución de la guarda

Aquí la pregunta clave es la siguiente: ¿Cuál es el Interés Superior del Niño cuando deba decidirse con quien debe permanecer en caso de separación de los padres?

En principio, la respuesta es sencilla: con el progenitor que mejor garantice sus derechos y asegure su desarrollo integral. O si se quiere utilizar palabras de CNNA el que mejor pueda cumplir los deberes contenidos en el artículo 57: brindar cuidado, protección, atención y asistencia integral a NNA.

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

¿Cómo se decide cuál es el progenitor más competente para realizar lo anteriormente señalado? Oyendo al NNA y valorando su opinión, al mismo tiempo que teniendo en cuenta características personales: sexo, edad, identidad cultural, lugar de residencia, carácter y personalidad, valiéndose del apoyo de personal especializado; evaluando la idoneidad de cada progenitor; sopesando el impacto que la decisión tendrá sobre la vida y evaluando otros elementos que ya fueron analizados anteriormente, es decir siguiendo las pautas ya explicadas para la concreción del interés superior.

La idea es que el ejercicio de la guarda sea concedido al progenitor más calificado, sin olvidar que puede ser otorgada a un tercero, una vez cumplidos los extremos legales y también que puede no existir ningún conflicto entre los padres al respecto, situación en la cual el Juez o Jueza atenderá preferentemente los términos del acuerdo, entre ambos, siempre que éste no amenace o viole derechos de NNA.

En todo caso, si los progenitores están separados se procurará que NNA mantengan relaciones afectivas, directas y personales con su madre y padre, a través de un adecuado régimen de visitas. Los operadores de justicia velarán porque el NNA no sea víctima de violencia psicológica ni alienación parental por parte de cualquiera de sus progenitores.

c) Adopción

La adopción es un instituto jurídico cuya finalidad es garantizar a NNA el derecho a vivir en familia. No se trata de complacer o llenar vacíos de mujeres y hombres adultos que no pudieron procrear, sino de dotar a NNA de una madre y/o un padre, otorgándole la calidad de hijo o hija de forma estable, permanente y definitiva.

La calidad de permanente y definitiva hace de la adopción el acto más trascendental de la vida civil y confiere a la autoridad judicial competente para otorgarla una inmensa responsabilidad, pues el acierto o el error de la decisión comprometerá para siempre la vida del adoptado. Es así como la Jueza o Juez pondrá todo de su parte para tomar la mejor decisión, atendiendo el Interés Superior de NNA en situación de adoptabilidad, para lo cual empezará por seguir escrupulosamente los mandatos legales, el CNNA y la Ley 1168. Asimismo, vigilará que cualquier otra persona, institución o equipo involucrado en el proceso de adopción también tenga en cuenta el ISN.

En aras de la consideración primordial del ISN de NNA en situación de adoptabilidad la autoridad judicial competente dispensará especial atención al periodo pre adoptivo, cuya finalidad es establecer la compatibilidad afectiva y de cualquier otro tipo entre la adoptante y el

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

NNA. Considerando el carácter definitivo de la adopción, el resultado de este periodo de convivencia es clave para el éxito de la misma. Por lo tanto, el ente decisor debe procurar los medios para hacer de este tiempo algo que realmente contribuya para la determinación del ISN de NNA en vías de ser adoptado, minimizando así el craso error del legislador que, en su afán de facilitar la adopción a toda costa, redujo el plazo de la convivencia preadoptiva a un (1) mes, tiempo a todas luces insuficiente.

Para el resguardo del ISN en el procedimiento de adopción, hay algunas otras consideraciones a tener en cuenta:

- La adopción es el último recurso para salvaguardar el ISN de un niño, después de agotarse la posibilidad de permanencia con su familia de origen y luego de que los llamados a dar consentimiento para la adopción hayan sido debidamente asesorados e informados de sus consecuencias;
- La adopción internacional es subsidiaria a la nacional, razón por la cual se debe agotar las posibilidades de que la adopción ocurra en Bolivia;
- Es de la mayor importancia el exhaustivo estudio de la idoneidad de los adoptantes;
- Se tendrá especial cuidado en evitar el lucro, la sustracción, venta y tráfico de niños. Por lo tanto, se tomarán todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en los procesos de adopción.

Bibliografía

CILLERO, MIGUEL (1999): “EL Interés Superior del Niño”. En *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Compiladores, Méndez y Bellof. Tamis Depalma, Tomo I. Segunda Edición. Buenos Aires. Pp. 60-85.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Observación General N° 12. *El Derecho del Niño a ser Escuchado* (CRC/C/GC/12) del 20 de julio de 2009; Observación General

N° 14. *El Derecho del Niño a que su Interés Superior sea Considerado Primordial* (CRC/G/2013/14) del 29 de mayo de 2013.

CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL ECUADOR (2021): *Guía. Evaluación y Determinación del Interés Superior de la Niñez en los Procesos Judiciales*. Quito.

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2009): *Constitución Política del Estado*. Gaceta Oficial del 7 de febrero de 2009. La Paz.

----- (2014): *Nuevo Código de las Familias y del Proceso Familiar*, Ley 603, del 19 de noviembre de 2014. Gaceta Oficial N°702 del 24 de noviembre e3 2014. La Paz.

----- (2014): *Código Niña, Niño y Adolescente*, Ley 548, del 17 de julio de 2014. Gaceta Oficial N° 0664 del 23 de julio de 2014. La Paz.

----- (2015^a): *Reglamento del Código Niña, Niño y Adolescente*, Decreto Supremo N° 2377 del 27 de mayo de 2015. Gaceta Oficial N° 0760 del 27 de mayo de 2015. La Paz.

MATA, Nelly (2002) “El Interés Superior del Niño y el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente”. En *Terceras Jornadas Sobre la LOPNA*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Pp.145-174.

MORAIS DE RAMIREZ, María G. (2021). *El Código Niña, Niño y Adolescente de Bolivia, Ley 548. Principios y Sistemas*. Ed. Kipus. Cochabamba.

MORALES, Georgina (202) “El Interés Superior del Niño en Materia de Instituciones Familiares” En *Terceras Jornadas Sobre la LOPNA*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Pp.397-440.

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención Sobre los Derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989. Resolución 44/25.

CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

REPUBLICA DEL PERU (2016): *Ley N° 30466 que establece Garantías Procesales para la Consideración primordial del Interés Superior del Niño y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP.* Lima

REYNA ROCHE, Carmen L. (2001): “Del Interés del Menor al Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes”. En *Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Cornieles, C. y Morais. Maria G. (Coordinadores). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Pp. 55-80.

SIMON Farith (2016): “Reducción de la Discrecionalidad Abusiva y Evaluación y Aplicación del Interés Superior del Niño. Técnicas Normativas y Argumentación”. En *Aportes al Código Niña, Niño y Adolescente. Ley 548.* Universidad Católica San Pablo, Cochabamba. Pp.41/74.

----- (2014): *Interés Superior del Niño. Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva.* Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco. Ediciones Iuris Dictio. Quito.



CURSO “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

