

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0165/2010-R (19)
Sucre, 17 mayo de 2010

Expediente:2006-14586-30-RAC

Distrito:Beni

Magistrado Relator:Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés

En revisión, la Resolución 3/2006 de 9 de septiembre, cursante de fs. 97 a 100 vta., pronunciada por la Jueza de Partido Mixto de Riberalta del Distrito Judicial del Beni, dentro del recurso de amparo constitucional ahora acción de amparo constitucional presentado por Mary Luz Téllez Herrera contra Joaquín Iriarte Gastelú Juez de Instrucción cautelar de Riberalta del mismo Distrito Judicial y Héctor Douglas Roca Suárez, Fiscal Adjunto, alegando la vulneración de su derecho a la seguridad jurídica y las garantías al debido proceso y la presunción de inocencia, citando al efecto los arts. 7 incs. a) y 16.I y IV de la Constitución Política del Estado abrogada (CPEabrg).

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso

I.1.1. Hechos que motivan el recurso

En la demanda presentada el 6 de septiembre de 2006, cursante de fs. 42 a 44 vta., la recurrente sostiene que dentro del proceso sobre guarda de menores tramitado con Nelson Mitumori Oyola ante el Juzgado de Trabajo y Seguridad Social en suplencia del Juzgado de Partido Mixto de esta ciudad, mediante Sentencia de 23 de noviembre de 2005, se aprobó y homologó el acuerdo celebrado entre las partes, por el cual se le otorgó la tenencia, guarda y custodia de sus hijas K.S.M.T. y E.V.M.T., de 5 y 7 años, respectivamente.

Alega que el 23 de agosto de 2006, cuando sus hijas se encontraban en su Unidad Educativa en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, fueron "sacadas" en forma por demás ilegítima, por su padre Nelson Mitumori Oyola utilizando un mandamiento con orden instruida librado por el Juez cautelar recurrido, llevando a las niñas a Riberalta, causándoles innumerables perjuicios en sus estudios y afectando su estabilidad emocional, motivo por el cual tuvo que trasladarse a la ciudad de Riberalta para recuperar a sus hijas y establecer su situación definitiva, realizando muchos gastos, faltando a su fuente de trabajo, con su dignidad de mujer y madre totalmente afectada.

Añade que la acción ilegítima cometida por el padre de las menores se realizó sobre la base de una denuncia presentada en su contra ante la Fiscalía por la supuesta comisión del delito de sustracción de menor previsto en el art. 246 del Código Penal (CP); denuncia ante la cual, el Fiscal recurrido, sin efectuar una valoración adecuada, emitió requerimiento de 19 de agosto de 2006, dirigido al Juez correcurrido, el mismo que aceptando los términos de dicho requerimiento sin tampoco realizar una valoración jurídica elemental, dictó la Resolución de 21 de agosto de 2006 y libró un "pintoresco, sui generis, especial e ilegítimo" mandamiento de "allanamiento, secuestro y recaptura" para "sacar" a sus hijas de su Colegio y trasladarlas a Riberalta.

Señala que el tipo penal que se le atribuye no puede ser cometido por los padres, cuanto más si el propio denunciante presentó copia de la sentencia dictada en el proceso sobre guarda de menor; por otra parte no han habido circunstancias suficientes que justifiquen medidas urgentes o inmediatas como las adoptadas, pudiendo haberse efectuado citación legal en forma previa, reconociendo el legítimo derecho a la defensa.

Tanto el requerimiento como la Resolución y el mandamiento del Juez cautelar, se refieren al allanamiento "secuestro y "recaptura", constituyéndose en una absoluta "aberración jurídica", por cuanto de la lectura de las normas procesales y de la doctrina se advierte con claridad que la medida jurisdiccional de secuestro no es aplicable respecto a personas, y lo peor es que se ordena la "recaptura" de sus hijas, como si éstas fueran vulgares delincuentes que se han fugado de un establecimiento penitenciario, violando las previsiones del art. 129 del Código de Procedimiento Penal (CPP); además de no establecerse en el mandamiento la facultad de allanamiento de la unidad educativa, violando también el art. 182.2 del CPP.

Sostiene que las actuaciones de los recurridos desconocen manifiestamente la existencia del proceso de guarda de menores, ante el Juez competente, adoptando determinaciones absolutamente ilegales, ilegítimas y violatorias de normas legales, sustentadas en el abuso, prepotencia y arbitrariedad, sin la objetividad e imparcialidad suficientes que debieron existir en sus actos, y si bien los recurridos podrían alegar que existen los recursos ordinarios para impugnar tales determinaciones, debe considerarse que en la denuncia penal no se ha realizado ningún acto encaminado a efectuar citación alguna para que pueda asumir defensa.

I.1.2. Derecho y garantías supuestamente vulnerados

La recurrente sostiene que las autoridades recurridas vulneraron su derecho a la seguridad jurídica y las garantías al debido proceso y a la presunción de inocencia, citando al efecto los arts. 7 incs. a) y 16.I y IV de la CPEabrg.

I.1.3. Autoridades recurridas y petitorio

Presenta recurso de amparo constitucional contra Joaquín Iriarte Gastelú, Juez cautelar de Riberalta y Héctor Douglas Roca Suárez Fiscal Adjunto de Riberalta, solicitando sea concedido, dejando sin efecto y/o anulando el requerimiento fiscal de 19 de agosto de 2006, la Resolución y mandamiento de "allanamiento, secuestro y recaptura" de 21 de agosto de 2006, así como las demás actuaciones y resoluciones dictadas en la denuncia por supuesta sustracción de menores; ordenando la entrega o restitución inmediata de sus hijas, respetando la guarda legal que ha sido dispuesta en proceso, y disponiendo el pago de costas, daños y perjuicios ocasionados.

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

En la audiencia pública celebrada el 9 de septiembre de 2006, cursante de fs. 95 a 96, a la que asistió la parte recurrente, los recurridos, el tercero interesado y el representante del Ministerio Público, se suscitaron las siguientes actuaciones:

I.2.1. Ratificación y ampliación del recurso

El abogado de la recurrente ratificó los términos de su recurso y señaló que el Juez cautelar no puede alegar que pronunció la Resolución en mérito al requerimiento del Fiscal, pues de acuerdo al sexto párrafo del art. 116 de la CPEabrg, los jueces y magistrados son independientes y están sometidos solo a la ley. Que se debe tomar en cuenta que las impugnaciones a las resoluciones se efectúan cuando se ha citado a la parte afectada, lo que no ha acontecido en su caso, por lo que solicita que se tenga presente la inmediatez del amparo constitucional.

I.2.2. Informe de las autoridades recurridas

El Fiscal demandado presentó informe escrito cursante de fs. 88 a 89, que fue ratificado en audiencia, en el que señala:

a)El 18 de agosto de 2006, Nelson Mitumori Oyola presentó denuncia contra Mary Luz Téllez Herrera por la presunta comisión del delito de sustracción de un menor o incapaz, haciendo referencia a que el delito se habría realizado contra sus hijas menores de edad, por lo que actuando en suplencia del Fiscal de Turno, hizo conocer el inicio de las investigaciones al Juez cautelar, requiriendo que se realicen las diligencias pertinentes conforme lo establece el Código de Procedimiento Penal en los arts. 289, 298, 277, 297 y 300.

b)El requerimiento de 19 de agosto, fue dictado en estricto apego a la ley y jamás ha tratado de parcializarse con la parte demandada. De acuerdo al informe de la asesora legal de "DEMUNAR y SLIM", dirigido al Juez laboral y de seguridad social, de 11 de mayo de 2006, una de las hijas menores se encontraba en constante estado de crisis emocional, angustia e incluso maltrato por el sólo hecho e idea de vivir con la madre biológica. En mencionado informe se señala que dicha menor debía haber sido presentada en el despacho del Juzgado a efecto de definir la tenencia de la niña, es más la Defensoría se presentó en el domicilio de la recurrente a efecto de probar una denuncia de retención en su contra, existiendo pasajes que dan cuenta que las menores se trasladaron de Guayaramerín a Trinidad, por lo que se estaba reteniendo a una menor contra su voluntad, como dispone el art. 246 del CP, en concordancia con los arts. 1 y 9 del Código Niño, Niña y Adolescente (CNNA).

Precautelando el bien jurídico superior de las niñas, y teniendo que realizar la investigación y evaluaciones psicológicas y sociales respectivas, requirió a través del Juez cautelar, se pueda dejar a las mismas bajo la tutela del padre.

c)Con relación a las supuestas irregularidades como la valoración e interpretación del tipo penal, el art. 76 del CPP (CPP) señala que se considera víctima al cónyuge o convivientes, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al hijo, vale decir que la recurrente no puede decir que no se le atribuye delitos, ya que existe una denuncia donde las víctimas son dos menores de edad, representados por el padre, "lo que no se puede obligar a declarar contra sí mismo o parientes consanguíneos o afines" (sic).

d)Con relación a que no existen circunstancias suficientes que justifiquen medidas urgentes o inmediatas, de acuerdo al art. 7 del CNNA, todo niño tiene derecho a ser atendido con prioridad por las autoridades judiciales y administrativas, y de acuerdo al "art. 72" de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP), el fiscal puede emitir requerimientos de acuerdo al principio de objetividad y valorando los antecedentes del caso. Se ha actuado de conformidad a lo establecido en el art. 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que sostiene que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere.

e)Si bien cursa en el cuaderno de investigación un requerimiento fiscal -solicitud que puede ser aceptada o rechazada por el Juez- además de una resolución y un mandamiento de allanamiento, también se puede constatar que dichas actuaciones en ningún momento fueron recogidas del Juzgado, por tanto no se ejecutó lo requerido, actuando Nelson Mitumori Oyola, con relación a la menor E.V.M.T., a título personal, ya que no existe acta de secuestro y autoridades participantes en la misma.

f) En virtud al principio de subsidiariedad, el recurso debe ser declarado improcedente porque no se han agotado las vías pertinentes que la ley franquea. De darse la razón a la recurrente se sentaría un precedente negativo en la línea jurisprudencial, al convertir al amparo constitucional en una instancia más dentro de la etapa e inicio preliminar de la investigación.

El Juez recurrido, informó en audiencia lo siguiente:

a) Las apreciaciones sobre la amistad íntima que tiene con la familia Mitumori no son ciertas, y en todo caso la Jueza de garantías debía excusarse por la amistad que tiene con el abogado de la recurrente.

b) El 21 de agosto, ordenó el allanamiento del domicilio de la ahora recurrente así como del colegio; empero el mandamiento no se entregó al Fiscal ni a la parte, por lo que jamás salieron del Juzgado. El señor Mitumori, "por el amor que tiene sus niñas" (sic) a título personal fue a Santa Cruz.

c) Le sorprende la afirmación que para hacer los allanamientos se tenga que notificar, "donde se ha visto esto" (sic), seguramente no se la citó porque está en la etapa preliminar que dura 5 días o puede ser ampliada.

d) Es responsabilidad del Estado proteger a los menores, y valorando toda la prueba es que aceptó dicha denuncia.

e) La recurrente no ha utilizado las instancias que la ley otorga, por lo que pide se declare la improcedencia del recurso.

I.2.3. Intervención del tercero interesado

El tercero interesado presentó "informe" (sic) escrito que cursa de fs. 92 a 94, que fue leído en audiencia, señalando:

i) A partir de la SC 0160/2005-R de 23 de febrero, el Tribunal Constitucional, modulando los alcances de protección que brinda el hábeas corpus y amparo constitucional, ha sentado la línea jurisprudencial determinando la naturaleza subsidiaria, de manera excepcional, de estos dos recursos, y las SSCC 0181/2005-R y 0953/2005-R, señalan que los actos u omisiones en los que pueden incurrir tanto fiscales como policías en la etapa preparatoria del proceso deben acudir ante el juez de instrucción, encargado del control jurisdiccional.

En el caso, la recurrente no ha efectuado reclamo alguno, y en su debida oportunidad, sobre la supuesta conculcación de sus derechos y garantías constitucionales, en la investigación que se realiza dentro del proceso penal instaurado por el delito de sustracción de menores, y aún en el supuesto que hubiera realizado su reclamo, tenía la vía expedida del recurso de apelación incidental para impugnar la determinación, no pudiendo desconocerse el principio de subsidiariedad que caracteriza el amparo constitucional y tampoco ordenar la entrega de sus hijas a favor de la recurrente, pues la única autoridad facultada para determinar tal situación es el juez competente -Juez del Trabajo y Seguridad Social en suplencia Legal-, más aún cuando en la actualidad existe un proceso en el Juzgado de la Niñez y Adolescencia instaurado por su parte.

ii) Los elementos primordiales, que deben existir en un recurso de amparo constitucional, de acuerdo a Pablo Dermizaky, son: Que se tipifique claramente el derecho fundamental cuya protección se demanda; que la violación de ese derecho importe un daño

consumado o inminente, grave, evaluable y que la prevención o reparación de ese daño exija un remedio urgente porque las otras vías abiertas están sujetas a plazos y condiciones dilatorias, lo que en el presente caso no se da ni en lo más mínimo, toda vez que la recurrente tiene las vías y recursos previstos para hacer prevalecer sus derechos y garantías, además de no existir violación alguna, porque él actuó precisamente para proteger los derechos de las menores y buscar su bienestar, ya que conforme se puede evidenciar en el informe de 11 de mayo, emitido por "DEMUNAR", tanto esa Institución como el Juez de la causa, Juez del Trabajo y Seguridad Social, no tenían conocimiento del sorpresivo viaje que realizó la ahora recurrente con las menores pese a existir un acuerdo homologado donde se establecen días de visita a sus hijas y no obstante ello, la recurrente, de la forma más abusiva, se llevó a las menores a Santa Cruz, constituyendo una vez más un maltrato a sus hijos, el mismo que es corroborado por el certificado médico de 24 de agosto de 2006 y certificación notarial.

Por lo expuesto, solicita declarar la improcedencia del amparo constitucional, pidiendo se tenga presente que se ha iniciado una nueva demanda de guarda de las menores, por la cual se ha abierto la jurisdicción y competencia del juez de la causa.

En la audiencia manifestó que todo se dio debido a una llamada de la menor E.V.M.T., por la que hacía conocer a su padre del maltrato "que llevaba", motivo por el cual el padre recogió a sus hijas.

I.2.4. Resolución

Mediante Resolución de 3/2006 de 9 de septiembre, cursante de fs. 97 a 100 vta., la jueza de Partido Mixto de Riberalta, en desacuerdo con el requerimiento fiscal, concedió la tutela, ordenando: 1. Dejar sin efecto el requerimiento de 19 de agosto de 2006, el Auto Interlocutorio de 21 de agosto del mismo año, así como las actuaciones dentro de la denuncia de Nelson Mitumori Oyola; 2. La entrega de las menores a favor de la madre que tiene la guarda legal; 3. Se determina la existencia de responsabilidad civil, a estimarse al retorno del expediente del Tribunal Constitucional, con los siguientes fundamentos:

a)La denuncia fue presentada por la comisión del delito previsto en el art. 246 del CP en el que la tipicidad se sustenta en la sustracción de un menor de la potestad de sus padres; es decir que debe sustraerse al menor "precisamente de quien no tiene la potestad guarda o tenencia del mismo" (sic). En el caso, en la denuncia se manifiesta con claridad que la denunciada es madre de los menores y que tenía la tenencia legalmente conferida en el proceso de guarda "ventilado" entre el denunciante y la ahora recurrente

Analizados los actos de las autoridades recurridas, se tiene que emitieron un mandamiento de secuestro y recaptura de las menores hijas de la recurrente, sin que exista ninguna actuación procedimental de dichas autoridades en que se le haga conocer sus derechos a la recurrente, como madre de las menores, conculcándose así su derecho a la seguridad jurídica obtenida con la sentencia de 23 de noviembre de 2005, que le favoreció con la guarda de sus hijas.

Llama la atención la redacción tanto del requerimiento del Fiscal como del juez cautelar, en cuanto a la orden de allanamiento, violando los arts. 128 y 129 del CPP, porque se ordena el secuestro de personas y la recaptura de menores, mandamientos inexistentes en nuestra legislación. Finalmente se ordena se entregue a las menores a la tenencia de su padre, atribuyéndose funciones que no le competente, puesto que la guarda ya había sido dilucidada dentro de un Juzgado competente. Todas ellas, en consecuencia, son violaciones a la seguridad jurídica y al debido proceso y actuaciones penadas con nulidad por el art. 31 de la CPEabrg.

b) Ante la denuncia sentada por Nelson Mitumori Oyola, debió informarse a la recurrente para que pueda asumir defensa amplia e irrestricta como corresponde en materia penal, y al no haber sido citada en ninguna forma, se violó el más elemental derecho de las personas: la defensa, sin que ello se pueda soslayar arguyendo que podía apersonarse al juzgado para hacerse citar, impugnar y apelar, en su caso, de las decisiones tomadas por las autoridades recurridas, más aún si se tiene en cuenta que los recurridos y el tercero interesado, sabían que la acusada radicaba en Santa Cruz, consecuentemente, se ha violado el debido proceso.

c) Ante la simple denuncia de Nelson Mitumori Oyola, de que la acusada hubiera cometido el delito de sustracción de menores se expidió un mandamiento ordenando, que a la denunciada se le quieten a sus hijas, sin lugar a demostrar su inocencia en el proceso que corresponda, presumiendo su culpabilidad desde el momento en que se le impone, si se quiere como sanción, quitarle a sus hijas, violándose el derecho a la presunción de inocencia.

d) En cuanto a la existencia de otros medios de impugnación, el Tribunal Constitucional ha establecido el principio de inmediatez como una de las subreglas, principio que se entiende como la inmediata protección a los derechos conculcados de las personas, y en este caso es evidente la lesión a los derechos de la recurrente que requieren en forma inmediata su restitución, además que la recurrente no ha sido citada en el presente caso.

e) Finalmente sostuvo que las causales de excusa están establecidas en el art. 34 de la LTC, entre las que no se encuentra la manifestada por la autoridad recurrida.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

El presente recurso de amparo constitucional, fue remitido el 15 de septiembre de 2006; sin embargo, ante la renuncia de los Magistrados del Tribunal Constitucional, las causas en trámite quedaron paralizadas. Al haberse designado a las nuevas autoridades y reiniciado las labores jurisdiccionales por Acuerdo Jurisdiccional 001/2010 de 8 de marzo, se produjo el sorteo de la presente causa el 22 de marzo de 2010, por lo que la presente Resolución se pronuncia dentro de plazo.

II. CONCLUSIONES

De la revisión de los antecedentes cursantes en obrados, se llega a las siguientes conclusiones:

II.1. Por Sentencia "05/06" de 23 de noviembre de 2005, el Juez del Trabajo y Seguridad Social de Riberalta, por excusa de la titular del Juzgado Mixto, declaró probada en parte la demanda y probada en parte la contestación dentro del proceso seguido por Nelson Mitumori Oyola contra Mary Luz Tellez Herrera, sobre la custodia guarda y tenencia de sus hijas menores, disponiendo la homologación del acuerdo sobre la situación de menores y asistencia familiar, por el cual se determinó y convino en aceptar la tenencia, guarda y custodia de las menores K.S.M.T. y E.V.M.T. a favor de la madre (fs. 54 a 56).

II.2. Por memorial de 8 de mayo de 2006, Mary Luz Tellez Herrera, solicitó al Juez del Trabajo y Seguridad Social, que emita determinación expresa para que los abuelos paternos de sus hijas, entreguen en forma inmediata su hija menor, en cumplimiento de la Sentencia "05/06"; y se abstengan de continuar ejerciendo influencia negativa sobre sus hijas (fs. 14 vta.). Por Auto de 9 de mayo de 2006, el Juez de Trabajo y Seguridad Social, dispuso que previa notificación a la Defensoría Municipal de la Niñez se proceda a efectuar la entrega inmediata de la niña E.V.M.T., a su madre, por así estar dispuesto en la

Sentencia de 23 de noviembre de 2005, dejando claramente establecido que los abuelos paternos no son parte en el proceso, por lo que las Resoluciones no les afectan de manera alguna, menos en relación a la tenencia y guarda de la niña cuya custodia ha sido a favor de la madre. Asimismo, señaló que los abuelos no pueden ejercer influencia psicológica sobre la niña que pudiera afectar su desarrollo psico-social y familiar (fs.15).

II.3. Por comunicación de la psicóloga de la Defensoría Municipal de la Niñez y Adolescencia (DEMUNAR), la niña E.V.M.T., se presentó en la oficina en compañía de su abuela paterna solicitando orientaciones sobre su nieta quien se encontraba en "estado de crisis emocional (...) porque hace resistencia para volver al hogar de su madre biológica" (sic) (fs.18).

II.4. Por informe de 11 de mayo de 2006, la Defensoría Municipal de la Niñez y Adolescencia, informó al Juez Laboral y de Seguridad Social, que el 8 de mayo de 2006, se presentó la niña E.V.M.T., junto a su abuela paterna en oficinas de la Defensoría, evidenciándose que la niña se encontraba en estado de crisis emocional y angustia por retornar al lado de su madre. Que pese a las constantes solicitudes para facilitar el retorno de la niña al domicilio de su madre biológica, se recibió la negativa rotunda de la niña, realizándose el intento en dos oportunidades sin lograr el objetivo, motivo por el cual no se pudo cumplir el Auto de 9 de mayo de 2006, debido a que la Defensoría no puede exponer a la niña a mayores situaciones de angustia, tensión y llanto desesperado.

De acuerdo al informe, se llevó adelante una audiencia conciliatoria que tuvo lugar en el Juzgado, donde se estableció que la niña retornaría al domicilio materno el 12 de mayo, para presentarse nuevamente en el despacho el 15 de mayo y definir la tenencia de la niña. También se señala que ante una nueva denuncia en sentido que la madre continuaba reteniendo a su hija contra su voluntad, la Defensoría buscó a la progenitora en su domicilio y lugar de trabajo, pero no fue encontrada, desconociéndose su paradero y el de la niña (fs. 19 a 20).

II.5.El 18 de agosto de 2006, Nelson Mitumori Oyola presentó denuncia contra Mary Luz Téllez Herrera, por la presunta comisión del delito de sustracción de un menor o incapaz previsto y sancionado por el art. 246 del CP, argumentando que el 12 de mayo de 2006, la denunciada se llevó a las niñas a la ciudad de Guayaramerín para luego trasladarlas a Santa Cruz. En el Otrosí 1 de la demanda, se señaló el domicilio real de la denunciada en la ciudad de Santa Cruz, Urbanización Campo Verde, Calle 2 s/n (lado derecho sexta casa), para efecto de su legal citación. (fs. 30 a 31).

II.6. El 19 de agosto de 2006, el Fiscal Adjunto ahora recurrido informó al Juez de Instrucción cautelar de la ciudad de Riberalta el inicio de la investigación (fs. 32) y por requerimiento de la misma fecha dispuso la citación personal de los imputados a objeto de prestar su declaración informativa (fs. 33). Por informe de 1 de septiembre de 2006, el funcionario policial de la FELCC, Dax Rivero Fariñas informó que la parte denunciante no se hizo presente y que se desconoce su domicilio por lo que "no fue posible acumular más diligencias sobre el presente caso" (fs. 34).

II.7. El 19 de agosto de 2006, el Fiscal ahora recurrido, requirió al Juez de Instrucción cautelar de Riberalta emita orden de "allanamiento y secuestro" de las menores K.S.M.T. y E.V.M.T., quienes estarían viviendo en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Urbanización Campo Verde, Calle 2 s/n (lado derecho sexta casa) y recibiendo educación en la Unidad Educativa Juana Azurduy de Padilla de esa ciudad o en "cualquier establecimiento educativo particular o fiscal donde las menores estén estudiando para que sean "trasladadas a esta ciudad" (Riberalta) y dejar a las niñas bajo la tutela y tenencia del denunciante (fs. 36).

II.8. Por Auto de 21 de agosto de 2006, el Juez de Instrucción cautelar de Riberalta, ordenó se expida mandamiento de "allanamiento y secuestro para la recaptura a las niñas K.S.M.T. y E.V.M.T., y de los domicilios ubicados en la urbanización Campo Verde Calle 2 (lado derecho sexta casa) de propiedad presumiblemente de Mary Luz Téllez Herrera o local cualesquier establecimiento educativo de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra siempre y cuando no exista consentimiento del encargado de dicho establecimiento educativo, y el SECUESTRO PARA LA RECAPTURA DE LAS MENCIONADAS NIÑAS Y APREHENSIÓN Y REQUISA de las personas, objeto o sustancias controladas (sic) (...)" (fs.37 y vta.). Mandamiento que se libró el 23 de agosto de 2006 (fs. 38).

II.9. De acuerdo a lo señalado por el tercero interesado, y al memorial que cursa de fs. 90 a 91 vta., sin cargo de recepción, de 6 de septiembre de 2006, Nelson Mitumori Oyola demandó ante el Juez de la Niñez y Adolescencia la guarda de sus hijas K.S.M.T. y E.V.M.T. (fs. 90 a 91).

III.FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La recurrente ahora accionante sostiene que las autoridades recurridas, ahora demandadas, lesionaron su derecho a la seguridad jurídica y a las garantías del debido proceso y la presunción de inocencia, por cuanto se le inició un proceso penal por el delito de sustracción de un menor o incapaz, sin considerar que el delito atribuido no puede ser cometido por los padres, desconociendo la Sentencia que le otorgó la tenencia de sus hijas dentro de un proceso sobre guarda de menores, y violando las normas del Código de Procedimiento Penal, toda vez que: a) El Fiscal demandado, requirió porque se emita mandamiento de allanamiento y secuestro de sus hijas menores de edad que se encontraban en Santa Cruz, para que sean remitidas a Riberalta y dejadas bajo la tutela de su padre, y b) El Juez cautelar demandado accedió al pedido emitiendo un ilegal mandamiento de allanamiento y secuestro para la recaptura de sus hijas. En consecuencia, corresponde analizar, en revisión, si los actos ilegales son ciertos para conceder o denegar la tutela.

III.1.Consideraciones sobre la aplicación de la Constitución Política del Estado vigente

Como este recurso, ahora acción, fue presentado y resuelto por el Tribunal de amparo constitucional en vigencia de la Ley Fundamental abrogada, es pertinente determinar, antes de analizar la Resolución venida en revisión, qué norma constitucional se aplicará.

En ese sentido, conforme a los fundamentos desarrollados en la SC 0006/2010-R de 6 de abril, partiendo del principio pro hómine, contenido en los arts. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 13.IV y 256 de la CPE, el juzgador debe aplicar aquellas normas que resulten más favorables para la persona, su libertad y derechos, así como interpretar esas normas de manera más amplia.

En similar sentido, de acuerdo al principio de interpretación progresiva de la norma, entre varios entendimientos posibles, debe optarse por aquél que limite en menor medida el derecho o garantía que se denuncia como vulnerado; es decir, se debe elegir la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de derechos y una interpretación más restringida cuando se establezcan límites al ejercicio de los mismos.

Conforme a dichos principios, siendo, por regla general, más garantista la Ley Fundamental vigente, es natural aplicarla; empero, en cada caso concreto, se realizará el análisis de las normas constitucionales para dar preferencia a aquellas que resulten más favorables para el recurrente, actual accionante.

III.2. Sobre la armonización de términos procesales constitucionales

La Constitución Política del Estado dentro de las acciones de defensa de derechos fundamentales, en el art. 128 prevé la acción de amparo constitucional, en cuyo procedimiento en el art. 129.III, establece que: "La autoridad o persona demandada, será citada en la forma prevista para la acción de libertad...", luego en el párrafo IV añade que: "La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente recibida la información de la autoridad o persona demandada y, a falta de ésta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca la persona accionante. La autoridad judicial examinará la competencia de la servidora pública o del servidor público o de la persona demandada, y en caso de encontrar cierta y efectiva la demanda, concederá el amparo solicitado...".

Por su parte, la Ley del Tribunal Constitucional si bien en el art. 97.I y II refiriéndose a la personería de quien interpone esta acción tutelar lo señala como "recurrente", y contra quien se dirige lo denomina parte "recurrida"; empero, es coincidente en lo referente a la forma de resolución, cuando en el art. 102.I establece que: "La resolución concederá o denegará el amparo...".

En consecuencia, la terminología a utilizarse para referirse a la persona que interpone esta acción tutelar será "accionante", y con relación a la autoridad o persona contra quien se dirige esta acción corresponderá el término "demandado (a)". De igual manera, en cuanto a la terminología con referencia a la parte dispositiva, en caso de otorgar la tutela se utilizará el término "conceder" y en caso contrario "denegar" la tutela.

En los casos en que no se ingresa al análisis de fondo, cabe señalar que si bien de conformidad a lo establecido por la SC 505/2005-R y AC 107/2006-RCA, la Comisión de Admisión revisa las acciones de amparo que hubiesen sido declaradas "improcedentes" o "rechazadas" por los tribunales de garantías, existen casos en los que pese a ser admitida la acción tutelar, haberse llevado a cabo la audiencia y emitido resolución, una vez elevada la causa, en revisión ante este Tribunal, en forma posterior al sorteo, el Pleno advierte que no es posible ingresar al análisis de fondo, sea por una de las causales previstas por el art. 96 de la LTC, incumplimiento evidente al principio de subsidiariedad, extemporaneidad de la acción, u otro motivo, como el incumplimiento de los requisitos de admisión previstos por el art. 97 de la LTC. Al respecto, este Tribunal en las SSCC 494/2001-R y 652/2004-R, entre otras, hasta la SC 820/2007-R inclusive; indicó que en estos casos corresponde declarar "improcedente" el recurso.

No obstante, en resguardo de la previsión constitucional y a objeto de guardar armonía y no generar confusión con el uso de la terminología propia de la fase de admisión, corresponde en estos casos, "denegar" la tutela solicitada con la aclaración de que: "no se ingresó al análisis de fondo de la problemática planteada", dado que en estos casos el accionante puede nuevamente interponer la acción tutelar, siempre y cuando, cumpla con los requisitos de admisibilidad.

A fin de unificar y armonizar criterios de orden procesal, se deja constancia, que a partir de la presente resolución, corresponde utilizar la terminología precedentemente explicada, la cual será de carácter vinculante conforme disponen los arts. 4 y 44 de la LTC, para todas autoridades judiciales que actúen como tribunal de garantías constitucionales, como para este Tribunal.

III.3. La subsidiariedad del amparo constitucional y la tutela provisional

Al igual que al hábeas corpus, la Constitución abrogada concebía al amparo constitucional

como un recurso, y así se denomina también en la Ley del Tribunal Constitucional, en tanto que la Constitución vigente utiliza la denominación de acción de amparo constitucional, entendiéndola como el derecho que tiene la persona -individual o colectiva- de activar la justicia constitucional en defensa de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, frente a actos ilegales provenientes de funcionarios públicos o de particulares.

Independientemente de su consideración como acción, el amparo constitucional también está integrado por una serie de actos de procedimiento como la demanda, el informe, la audiencia, la resolución y su posterior revisión por el Tribunal Constitucional, que configuran un proceso constitucional autónomo, de carácter extraordinario, tramitación especial y sumaria, en el que existe un derecho o garantía presuntamente vulnerada y una pretensión, partes discrepantes, un procedimiento específico conforme al cual se lleva adelante el amparo, y un juez o tribunal que lo resuelve.

Además de la concepción del amparo constitucional como acción -derecho- y proceso, el amparo constitucional también se configura como un medio jurisdiccional para la defensa de derechos y garantías y, en ese sentido, debe ser entendida como una garantía prevista a favor de las personas para la defensa de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. De ahí se explica, precisamente, la denominación otorgada por la Constitución Política del Estado, que en el Capítulo II, Título IV del Libro Segundo de la Constitución vigente, hace referencia a Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa, encontrándose dentro de estas últimas el amparo constitucional.

La actual acción de amparo constitucional, mantiene la configuración procesal prevista en la Constitución abrogada, aunque con algunas modificaciones no sustanciales, como la precisión relativa a la procedencia de la acción contra actos u omisiones ilegales o indebidas de servidores públicos, persona individual o colectiva. La acción de amparo constitucional comparte muchas de las características de la acción de libertad: sumariedad y el carácter inmediato de la protección, al consignarse un procedimiento rápido, sencillo y con escasos ritualismos, así como la generalidad, que implica que la acción puede ser presentada sin excepción contra los servidores públicos y particulares.

Por otra parte, se mantienen los principios que configuran el amparo constitucional: la subsidiariedad y la inmediatez. Por el primero, la acción amparo constitucional sólo es procedente cuando no existen o se han agotado los mecanismos o recursos que franquea la ley. Es un principio esencial de la acción, pues ésta debe aparecer como el único medio de defensa, para la protección inmediata del derecho o garantía, tan es así, que de no cumplirse con este requisito, no se puede analizar el fondo del problema planteado y, por tanto, tampoco otorgar la tutela.

En otras palabras, el recurso de amparo no puede reemplazar a los medios o recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para lograr la reparación de los derechos supuestamente vulnerados; sin embargo, el art. 129 de la CPE, al igual que el art. 19 de la CPE abrg., hace referencia al principio de inmediatez, cuando señala que la acción de amparo se interpondrá "siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías"; ello significa que la acción de amparo constitucional busca proteger de manera inmediata el derecho o garantía y por eso, su configuración procesal es sencilla y expedita para la protección inmediata del derecho, despojada de todo trámite e incidente que podría demorar la tutela.

En virtud al principio de inmediatez, se pueden establecer excepciones al principio de subsidiariedad cuando la remisión a los procedimientos ordinarios significaría un perjuicio irremediable o irreparable en los derechos o garantías de quien activa la tutela;

entendimiento que ha sido asumido por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, cuando, por ejemplo, ha otorgado la tutela provisional del amparo por perjuicio o daño irreparable.

Efectivamente, la jurisprudencia constitucional, en la SC 0651/2003-R, ha señalado que "el principio de subsidiariedad que el orden constitucional informa al recurso de amparo constitucional, cede al principio de inmediatez en los supuestos en que no existan otros medios o recursos idóneos o eficaces para la protección de los derechos o garantías invocados como restringidos, suprimidos o amenazados; esto determina que, en los casos en que el agotamiento de las vías ordinarias existentes se constituya en un obstáculo formal para acceder a la protección con la inmediatez que el caso singular exige, en razón a que la apertura posterior de la tutela resultaría irreparable por tardía; atendiendo al fin de protección de la norma y a la eficacia que reclama todo derecho o garantía fundamental; en tales supuestos no es exigible el agotamiento de las vías ordinarias, abriéndose, consecuentemente la jurisdicción constitucional para otorgar en su caso, la tutela invocada (...)".

En similar sentido, la SC 1082/2003-R, precisando el alcance jurisprudencial antes anotado, señaló que "cuando el art. 19 CPE, establece que '...se concederá el amparo solicitado siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados...', lleva implícito el mandato del legislador constituyente de que las supuestas lesiones a los derechos fundamentales y garantías constitucionales se reparen en la jurisdicción ordinaria, y sólo en defecto de ésta, y siendo cierta y efectiva la lesión al derecho invocado, la jurisdicción constitucional otorgue la tutela, salvo los casos de daño irreparable, en los que la protección resultaría ineficaz, por tardía (así, SC 0462/2003-R y, entre otras). Bajo esta idea rectora, sólo es posible conciliar los principios de subsidiariedad, protección inmediata y eficacia, brindando una tutela provisional, destinada a evitar la consumación del hecho invocado como lesivo del derecho fundamental en cuestión, lo cual requiere de una ponderación del derecho invocado como lesionado y las circunstancias que rodean al hecho excepcional".

En el caso analizado, tanto las autoridades demandadas como el tercero interesado, sostienen que el presente amparo constitucional debe ser declarado improcedente por subsidiariedad, bajo el entendido que la accionante no utilizó los medios legales existentes para impugnar los actos demandados de ilegales en el presente recuso, ahora acción; sin embargo, de conformidad a la jurisprudencia glosada precedentemente, se debe aplicar la excepción al principio de subsidiariedad, en virtud a que la remisión a los mecanismos procesales ordinarios de impugnación no resultan los idóneos y eficaces para la protección inmediata de los derechos alegados por la recurrente, ahora accionante, considerando dos circunstancias fundamentales para asumir dicha determinación: 1. La existencia de una sentencia sobre tenencia de las hijas a favor de la accionante, y 2. La situación de las hijas que a consecuencia de los hechos descritos en el recurso y corroborados en los informes de las autoridades demandadas y los datos de conclusiones, se encuentran en una situación de inestabilidad emocional; consecuentemente, corresponde analizar el fondo del problema planteado en la presente acción de amparo constitucional.

III.4. Las normas del bloque de constitucionalidad sobre la niñez, sus derechos y la guarda

En noviembre de 1989, la Organización de las Naciones Unidas promulgó la Convención sobre los derechos del niño, que fue ratificada por Bolivia el 14 de mayo de 1990 por Ley 1152. Esa Convención, como ya lo señaló la SC 0223/2007-R, "es considerada como el instrumento jurídico internacional más importante sobre el tema, que se adscribe a la doctrina de la protección integral de la niñez que se sustenta en cuatro pilares: el derecho a la subsistencia, al desarrollo, a la protección y a la participación. El primero implica un

reconocimiento de niveles de vida adecuados y acceso a los servicios básicos; el segundo, que los niños deben desarrollarse de manera armoniosa, con respecto, afecto y dignidad, desenvolviéndose en todos los ámbitos como la educación, el juego, actividades culturales, la libertad de pensamiento, de conciencia y religión; el derecho a la protección, comprende la tutela contra las formas de explotación y crueldad y la separación arbitraria de la familia, y, por último, el derecho a la participación, implica la libertad de expresar opiniones y manifestarse respecto a cuestiones que afectan su propia vida, lo que significa que ningún proceso pueda desarrollarse sin escuchar la opinión del niño (Sandra de Kolle, Carlos Tiffer, Justicia Juvenil en Bolivia)".

Los principios de la indicada Convención, como ya lo señalara la SC 0203/2007-R, pueden resumirse en los siguientes:

1.El principio de la no discriminación, por el cual los derechos contenidos en la Convención se aplican a todos los niños, con independencia de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, opinión política, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento u otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (art. 2 de la Convención).

2.El principio de interés superior, por el cual las decisiones de los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos deben atender el interés superior del niño, teniendo en cuenta los "derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley" (art. 3 de la Convención).

3.El principio de unidad familiar, que reconoce a la familia como el medio ideal para el desarrollo del niño, de donde surge la obligación del Estado de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, de los tutores y otras personas encargadas de impartir la dirección y protección apropiada para que el niño ejerza los derechos de la Convención (art. 5).

4.El principio de autonomía progresiva, que implica que los niños deben lograr en forma progresiva el ejercicio autónomo de todos sus derechos, consiguiendo superar el criterio dominante referido a que los padres tienen poder sobre los niños al carecer éstos de autonomía, para entender que los progenitores sólo tienen la función de orientar y dirigir en forma apropiada a los niños para que estos ejerzan sus derechos, como anota el art. 5 de la Convención.

En este contexto, dentro de la autonomía progresiva, resalta el principio de participación o de respeto a las opiniones del niño, previsto en el art. 12 de la Convención, que determina: "1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

En ese contexto normativo internacional, la Constitución Política del Estado, se inscribe dentro de la corriente de protección integral adoptada por la Convención, pues en el art. 59.I establece que toda niña, niño y adolescente tiene derecho a su desarrollo integral, y se reconocen, entre otros, los principios de no discriminación (art. 59.III), de unidad familiar (art. 59.II), el principio de interés superior (arts. 59.II y 60) y la autonomía progresiva, en sentido que las actividades que realicen los niños y adolescentes en el marco familiar y social están orientadas a su formación integral como ciudadanos, y tendrán una función formativa (art. 61 de la CPE).

Por su parte, el Código Niño, Niña y Adolescente de 27 de octubre de 1999, considera a los niños y adolescentes como titulares de todos los derechos, que pueden ser ejercidos

directamente de acuerdo a su edad y desarrollo, y también reconoce los principios de no discriminación (art. 3), de interés superior (arts. 6 y 7), de unidad familiar (art. 27 y ss.) y el de autonomía progresiva, que inspira todas las normas del Código, siendo la más importante para el ejercicio autónomo de sus derechos, la contenida en el art. 103, al señalar, en cuanto a la libertad de expresión y opinión, que "El niño, niña, o adolescente que esté en condiciones de emitir un juicio propio, tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, por los medios que elija y a que se tome en cuenta sus opiniones".

Bajo el criterio del interés superior del niño, el art. 196 de la CPEabrg, establecía que: "En los casos de separación de los cónyuges, la situación de los hijos se definirá teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos. Las convenciones que celebraren o las proposiciones que hicieren los padres pueden aceptarse por la autoridad judicial siempre que consulten dicho interés".

Norma que en virtud, a la previsión constitucional contenida en el art. 194.II de la CPEabrg., también era aplicable a las uniones libres o de hecho, pues las mismas, de acuerdo a esa norma, producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de ella.

La Constitución vigente, en el art. 60 determina que: "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 administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado".

Por otra parte, el art. 63 de la CPE, señala que: las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que en el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas.

Y el art. 64 señala que: los cónyuges o convivientes tienen del deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad.

En el marco normativo constitucional descrito, el Código niño, niña y adolescente, determina en el art. 32 que los "padres están obligados a prestar sustento, guarda, protección y educación a los hijos conforme a lo dispuesto por el Código de Familia. Asimismo, tienen el deber de cumplir y hacer cumplir las determinaciones judiciales impuestas en favor de sus hijos que no hayan llegado a la mayoría de edad".

En ese ámbito, regula el instituto de la guarda, definiéndolo como "una institución que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente con carácter provisional y es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores; en casos de divorcio y separación de las uniones conyugales libres y en

otros casos a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal" (negritas añadidas).

El art. 43 del CNNA establece las siguientes clases de guarda:

"1. La Guarda en desvinculación familiar, sujeta a lo previsto por el Código de Familia y que es conferida por el Juez de Familia; y,

2. La Guarda Legal que es conferida por el Juez de la Niñez y Adolescencia a la persona que no tiene tuición legal sobre un niño, niña o adolescente y sujeta a lo dispuesto por este Código".

Conforme se puede apreciar la guarda es una institución destinada a cuidar, proteger, atender y asistir integralmente al niño, en la que se tienen que observar los principios de interés superior del niño, autonomía progresiva y de respeto a las opiniones del niño, último principio que, como lo sostuvo la SC 0223/2007-R, "no debe entenderse como que la opinión emitida por el niño, niña o adolescente deba ser cumplida en forma obligatoria por el juzgador, pues (...) esa autoridad debe realizar una evaluación integral de la situación del niño; empero, en todo caso, esa opinión debe ser escuchada, examinada, para que en la decisión que se asuma, ese punto de vista sea considerado, flexibilizando la decisión asumida, de acuerdo al interés del niño".

Dicha sentencia, añadió que la "opinión dada por el niño, niña o adolescente debe responder a su querer íntimo y no a presiones que podrían ser ejercidas por terceras personas, incluidos los padres. Para determinar si las determinaciones del niño, niña o adolescente son propias, el juez está en la obligación de solicitar los estudios periciales respectivos y, además, brindar a los niños o adolescente el entorno adecuado, sin presiones de ningún tipo, para que pueda emitir su criterio. Esto significa, que no podrán ser sometidos a una violencia psicológica, por ejemplo, dentro de un proceso de divorcio o en audiencia, pues el enfrentamiento que pudiera existir entre los padres, puede ser un detonante para que el niño manifieste una decisión que no corresponda con su íntimo querer. Por ello, el juez de familia, debe tener mucho tino y prudencia al momento de dar la oportunidad al niño o adolescente de ejercer ese derecho".

Por otra parte, la guarda concedida a uno de los progenitores o a terceras personas, tiene carácter provisional y es otorgada mediante Resolución judicial, pronunciada ya sea por el Juez de Familia o por el Juez de la Niñez y Adolescencia, dependiendo de la clase de guarda que se trate, conforme al art. 43 del CNNA antes glosado. El carácter provisional implica que la Resolución que dispuso la guarda de los hijos puede ser modificada cuando el interés superior del niño así lo requiera; empero, debe entenderse que dicha revisión deberá ser realizada necesariamente por la autoridad judicial pertinente, a través de los mecanismos que tanto el Código Niño Niña y Adolescente como el Código de Familia establecen, sin que terceras personas puedan asumir acciones de hecho, alegando el principio de interés superior del niño y la voluntad de los niños, pues se repite que todos esos aspectos deben ser analizados por el juzgador para determinar la guarda.

De lo dicho también se extrae que la única autoridad competente para asumir dicha decisión es el Juez de Familia o de la Niñez y Adolescencia, dependiendo de los casos, y que, por tanto, ninguna otra autoridad puede modificar dicha determinación, pues de hacerlo, se lesionaría el principio de seguridad jurídica que rige la potestad de administrar justicia de acuerdo al art. 178.I de la CPE, y que es concebido como principio procesal de la administración de justicia (art. 180 de la CPE).

III.5. Sobre los límites en la persecución penal y las garantías jurisdiccionales

Siguiendo a Binder se puede señalar que en la base de la formación básica del proceso penal "tiene lugar un conflicto entre dos tendencias que normalmente se presentan como antagónicas, cuya síntesis se muestra como un ideal, pues una y otra se hallan siempre presentes en el proceso penal y han estructurado los distintos sistemas procesales penales a lo largo de la historia. La primera de estas fuerzas o tendencias, es la que se preocupa por establecer un sistema de garantías o resguardos frente al uso de la fuerza estatal. Se procura en este caso evitar que el uso de esta fuerza se convierta en un hecho arbitrario. Su objetivo es esencialmente, proteger la libertad y la dignidad de la persona. La segunda de esas tendencias se inclina a lograr una aplicación efectiva de la coerción penal. Su objetivo es lograr la mayor eficiencia posible en la aplicación de la fuerza estatal (sic). (Alberto Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires Argentina. 2000. Pág. 56).

El proceso penal, para el referido autor es el grado de síntesis entre esas dos fuerzas o tendencias y que por ello todo sistema penal debe procurar un equilibrio entre las fuerzas referidas, evitando que exista una hipertrofia garantista llevaría a un caos, pero sin que ello signifique que la coerción penal del Estado derive en un hecho puro de fuerza, entendimiento que ya fue asumido en la SC 1036/2002-R.

En ese entendido, es la Constitución Política del Estado la que establece las garantías jurisdiccionales que deben ser observadas en el proceso penal; de ahí la íntima relación de la Ley Fundamental con materia procesal penal, pues en ella se encuentra la base para la validez constitucional de los actos realizados por las autoridades encargadas de la persecución penal y de los jueces y tribunales en materia penal; en ese entendido, sólo en la medida en que dichas normas constitucionales, y las que conforman el bloque de constitucionalidad contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 410.II de la CPE) sean respetadas, la actuación de de esas autoridades será constitucionalmente válida.

Dentro de las garantías jurisdiccionales contenidas en la Constitución Política del Estado se encuentra el debido proceso (art. 115.II y 117.I de la CPE), en virtud a la cual "Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada".

La garantía jurisdiccional en análisis, contempla a su vez diferentes garantías que deben ser observadas en todo proceso penal, entre ellas, la presunción de inocencia, reconocida de manera autónoma en el art. 116.I de la CPE, y el derecho a la defensa, reconocido también autónomamente en el art. 119 de la CPE.

El derecho a la defensa a su vez contiene varios elementos que han sido desarrollados por la Constitución, los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, la doctrina y la jurisprudencia: El principio de imputación por la cual se exige una Individualización del imputado y los cargos que pesan contra él (SC 0760/2003-R); el principio de audiencia, por el cual el imputado su defensor tiene derecho a intervenir en el proceso y ser escuchado (SC 0547/2002-R); el derecho a la defensa técnica (SSCC 0246/2007-R 1188/2006-R); el derecho a la defensa material (SC 1603/2003-R); el derecho a comunicarse con su defensor en privado; derecho a un traductor o intérprete (SSCC 0430/2004-R, 0697/2007-R, 470/2007-R); derecho a un tiempo razonable para una adecuada preparación de la defensa (SC 1036/2002-R); acceso a la prueba de cargo y la posibilidad de impugnarla (SC 0207/2004-R); derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra sus parientes (SSCC 1348/2001-R, 0269/2001-R).

Para el ejercicio adecuado de los derechos y garantías jurisdiccionales, en especial el derecho a la defensa, el art. 5 del CPP determina que el imputado podrá ejercer todos los derechos y garantías que la Constitución, las Convenciones y los Tratados Internacionales vigentes y este Código le reconozcan desde el primer acto del proceso hasta su finalización, entendiéndose por primer acto del proceso, cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o partícipe en la comisión de un delito, añadiendo el Código que toda persona a quien se atribuya un delito

tiene derecho a ser tratada con el debido respeto a su dignidad de ser humano.

Además de lo anotado, la garantía del debido proceso supone que el proceso penal debe desarrollarse respetando las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal, pues éstas tienen la finalidad, precisamente, de precautelar los derechos y garantías jurisdiccionales de las partes que intervienen en el proceso, incluida la víctima, por ello se establecen ciertas formalidades en la realización de determinados actos, atendiendo a su finalidad, alcances y los límites que la naturaleza de la investigación penal, el control jurisdiccional y el juzgamiento propiamente dicho imponen.

Por otra parte, la presunción de inocencia implica que todo imputado debe ser considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada (art. 6 CPP, SSCC 0690/2007-R, 0747/2002-R 0012/2006-R), garantía de la cual deriva la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo; que la carga de la prueba corresponda a los acusadores, y que la libertad sólo pueda ser restringida de manera extraordinaria en las medidas cautelares (SSCC 0048/2000-R, 0439/2003-R).

Debe entenderse, entonces que la presunción de inocencia impide que los órganos de la persecución penal y las autoridades jurisdiccionales, realicen actos que presuman la culpabilidad del imputado, conforme establece el art. 6 del CPP.

III.6. El caso analizado

En el caso analizado, la recurrente, ahora accionante, sostiene que se le inició un proceso penal por el delito de sustracción de un menor o incapaz, en el cual no se consideró que dicho delito no puede ser cometido por los padres, se desconoció la Sentencia que le otorgó la tenencia de sus hijas dentro de un proceso sobre guarda de menores y se violaron las normas del Código de Procedimiento Penal, pues el Fiscal demandado requirió porque se emita mandamiento de allanamiento y secuestro de sus hijas menores de edad que se encontraban en Santa Cruz para que fueran remitidas a Riberalta y dejadas bajo la tutela de su padre, accediendo el Juez cautelar demandado a dicho pedido, emitiendo un ilegal mandamiento de allanamiento y secuestro para la recaptura de sus hijas.

Ahora bien, con relación al ilegal inicio del proceso penal por un tipo penal que no puede ser cometido por los padres, cabe señalar que este Tribunal, en las SSCC 1047/2004-R y 0442/2005-R, ha establecido que el análisis de la subsunción de los hechos en el tipo penal, no es atribución de la justicia constitucional, sino de la jurisdicción ordinaria penal; consiguientemente, no corresponde que este Tribunal analice la correcta tipificación del hecho, ni si el mismo puede ser cometido por los padres, concretamente, por la recurrente, pues ese es un aspecto que corresponde ser dilucidado por la jurisdicción ordinaria.

Respecto a que los demandados desconocieron la Sentencia que le otorgó la guarda de sus hijas, se evidencia que este aspecto es evidente; pues pese a que tanto el Fiscal y el Juez demandado conocían de la existencia de la Sentencia "05/06" de 23 de noviembre de 2005, pronunciada por el Juez de Trabajo y Seguridad Social de Riberalta, dentro de un proceso sobre guarda de las hijas de la accionante, en mérito a que Nelson Mitumori Oyola adjuntó dicha Sentencia junto a su denuncia, la desconocieron expresamente, requiriendo el fiscal demandado emita orden de allanamiento y secuestro de las menores K.S.M.T. y E.V.M.T., para que sean trasladadas de Santa Cruz a Riberalta y entregadas bajo la tutela y tenencia del denunciante.

Por su parte, el Juez demandado, por Auto de 21 de agosto de 2006, ordenó se expida mandamiento de allanamiento del domicilio en Santa Cruz presuntamente de propiedad de la madre y "de cualesquier establecimiento educativo de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra" para el secuestro y la "recaptura de las mencionadas niñas"; mandamiento que, de acuerdo a los datos cursantes en obrados fue librado el 23 de agosto de 2006.

Consiguiendo, del breve resumen efectuado se evidencia que ambas autoridades demandadas en los hechos contrariaron la Sentencia "05/06" de 23 de noviembre de 2005, pronunciada por el Juez de Trabajo y Seguridad Social de Riberalta que actuó por excusa declarada legal de su titular, cuando, como se tiene establecido en el Fundamento Jurídico III.3. de la presente Sentencia, la única autoridad competente para determinar la guarda, su revisión y modificación es el Juez de Familia o de la Niñez y Adolescencia, lo que implica que las autoridades demandas se excedieron en las facultades que les otorga el Código de Procedimiento Penal, desconociendo las Resoluciones pronunciadas por las autoridades jurisdiccionales en ejercicio de las competencias establecidas por ley, lesionando el principio de seguridad jurídica previsto en los arts. 178 y 180 de la CPE. Por otra parte, con dichos actos lesionaron los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia de la ahora accionante, por cuanto no fue citada con la denuncia para que pueda ejercer su derecho a la defensa desde el primer acto del proceso, no obstante que el denunciante en el memorial presentado el 18 de agosto de 2006, expresamente señaló su domicilio para el efecto; al contrario, los demandados realizaron actos que lesionaron la presunción de inocencia, dado que pese a que conocían que la madre tenía la guarda legal de las hijas, el Fiscal requirió y el Juez ordenó el allanamiento, secuestro y recaptura de las hijas, presumiendo, entonces, con dichos actos, la culpabilidad de la accionante. Además de lo anotado, debe advertirse que si bien los mandamientos de secuestro y allanamiento están previstos en el art. 129.9 y 10) del CPP, éstos tienen una finalidad y un alcance que se puede extraer del Código de Procedimiento Penal.

Efectivamente, de acuerdo a las normas contenidas en los arts. 184 y ss. del CPP, el secuestro se practica en los objetos, instrumentos y demás piezas de convicción vinculados a la comisión del delito, y no así respecto a personas, lo contrario implicaría degradar al ser humano a la condición de un objeto necesario para la comprobación e investigación de un delito, vulnerando su dignidad de ser humano, en la medida en que sería tratado como medio para la consecución de un fin, y no como un fin en sí mismo; situación que se agrava cuando el "objeto" del secuestro son precisamente las hijas de la ahora accionante, lo que sin duda implica ejercer una violencia psicológica sobre ellas, aspecto que no está tolerado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ni la Constitución Política del Estado, que en el art. 61.I, condena toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad.

A lo dicho debe agregarse que el mandamiento de secuestro fue expedido para la recaptura de las hijas de la accionante, cuando, por una parte, dicho mandamiento no está expresamente previsto en el art. 129 del CPP, y por otra, no es admisible que un Estado que tiene como base el respeto de los derechos de la niñez, donde los servidores públicos deben guiar su actuación por el principio de interés superior de los niños, se trate a éstos como si fueran delincuentes o prófugos de la justicia, y menos aún que el mandamiento de allanamiento haya sido dispuesto para su ejecución en cualesquier establecimiento educativo de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, en total irrespeto al desarrollo integral del niño y la prohibición de violencia psicológica sobre ellos.

Cabe señalar que la actuación de las autoridades demandadas, no puede justificarse en una supuesta aplicación del principio de interés superior del niño, pues, se reitera, con los actos descritos -al contrario de lo que sostienen en su informe- lesionaron dicho principio, la dignidad de las niñas, los derechos de la actual accionante y las normas del CPP.

Por otro lado, tampoco pueden eximirse de su responsabilidad por el hecho -según afirman- que dichos mandamientos jamás fueron recogidos del Juzgado, pues la sola emisión de los mismos, al margen de haber legitimado la actuación del padre de las hijas que efectivamente las traslado de Santa Cruz a Riberalta, implican, como se tiene dicho, el

desconocimiento de la Sentencia pronunciada dentro de un proceso de guarda y la lesión a los derechos a la defensa y presunción de inocencia de la accionante .

Por los motivos expuestos, corresponde otorgar la tutela que brinda el amparo constitucional, aclarándose sin embargo que la misma es de carácter provisional en el entendido que el padre de las hijas, de acuerdo a lo sostenido en audiencia, ha solicitado la guarda de sus hijas, proceso en el cual el Juez, aplicando los principios detallados en el Fundamento III.3., de la presente sentencia, entre ellos el interés superior del niño y de respeto a las opiniones del niño, deberá emitir la Resolución correspondiente.

En consecuencia, se concluye que la Jueza de amparo constitucional, al conceder la tutela ha evaluado correctamente los datos del proceso y las normas aplicables al mismo.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confieren los arts. 4 y 6 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010 denominada, Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, arts. 120.V de la CPEabrg; 7 inc. 8) y 102.V de la LTC, en revisión, resuelve APROBAR la Resolución 3/2006 de 9 de septiembre cursante de fs. 97 a 100 vta., pronunciada por la Jueza de Partido Mixto de Riberalta del Distrito Judicial del Beni, con la modificación de disponer que la tutela es provisional hasta que en el nuevo proceso iniciado por el padre de las niñas, se defina la guarda de las mismas.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional

Fdo. Dr. Juan Lanchipa Ponce

PRESIDENTE

Fdo. Dr. Abigael Burgoa Ordóñez

DECANO

Fdo. Marco Antonio Baldivieso Jinés

MAGISTRADO

Fdo. Dr. Ernesto Félix Mur

MAGISTRADO

Fdo. Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños