

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0294/2010-R
Sucre, 7 de junio de 2010

Expediente: 2006-14853-30-RAC

Distrito: Cochabamba

Magistrado Relator: Dr. Juan Lanchipa Ponce

En revisión la Resolución 047/06 de 26 de octubre de 2006, cursante de fs. 161 a 164, pronunciada por la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, dentro del recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo constitucional, interpuesto por Celmi Rivera Córdova contra Tatiana de la Fuente, Jueza Quinta de Partido de Familia del mismo Distrito Judicial, Cira Castro Villarroel y Ana Isabel Cáceres, Jefa y Asistente Legal de la Defensoría Municipal de la Niñez y Adolescencia de Cochabamba, respetivamente; Marcelo Williams Avilés Cárdenas, Ricardo Jaime Avilés Cárdenas y Catalina Cárdenas de Avilés, alegando la vulneración de sus derechos a la seguridad jurídica, a la petición, a la defensa, y al debido proceso, citando al efecto los arts. 7 incs. a) y h) y 16 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

Por memorial presentado el 18 de octubre de 2006, cursante de fs. 60 a 65, la recurrente asevera que con Marcelo Williams Avilés Cárdenas, padre de sus hijas, se encuentra divorciada, no obstante el 9 del mencionado mes y año, recibió la llamada telefónica de su ex esposo quien le comunico su llegada a Cochabamba y que iba al colegio a recoger a sus hijas y realizar la visita que le correspondía, a lo cual accedió ya que la mayor de sus hijas tiene la llave de su domicilio, pero su progenitor sugirió que la esperarían.

En horas de la tarde la recurrente llamó a su domicilio, donde verifico que su ex esposo permanecía en su vivienda sobrepasando el horario establecido para sus visitas y por temor de ser ultrajada y golpeada una vez más se abstuvo de llegar a su casa mientras él estuviere allí, esperando que abandonara el domicilio para que pudiera retornar, forzándola a pernoctar en casa de su hermana; al día siguiente, a medio día cuando se presentó en el colegio para recoger a sus hijas sorprendió a su ex esposo tratando de llevárselas; sabiendo que hace más de seis meses no le paga la asistencia familiar tergiversando los roles, puso a las menores detrás de sí cubriéndolas con las manos, propiciando una discusión haciéndola ver como "la mala"; más tarde Marcelo Williams Avilés Cárdenas presenta la denuncia sobre abuso e irresponsabilidad, que fue recibida por la funcionaria hoy correcurrida Ana Isabel Cáceres, haciendo interrogar a una de sus hijas, dejando el acta firmada, posteriormente, Cira Castro Villarroel, funcionaria de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, también corecurrida junto a su hermano Ricardo Jaime Avilés Cárdenas sin tener orden judicial fueron a recoger a sus hijas al colegio para luego dejarlas al cuidado de la abuela paterna Catalina Cárdenas de Avilés, la misma retiene a las menores hasta la fecha.

Frente a este abuso de autoridad, pidió a la Jueza Quinta de Partido de Familia ordene la restitución inmediata de sus hijas, quien dispuso que la Defensoría de la Niñez y Adolescencia se inhiba del conocimiento de la denuncia y se remitan actuados a ese despacho judicial, con la conclusión de exámenes que

se estuvieran haciendo a las menores; de igual manera ordenó al padre y parientes la restitución inmediata de las niñas al cuidado de la madre - recurrente- bajo conminatoria, pero no se hizo caso a la orden judicial. Posteriormente, sin que se hubiera planteado demanda para la modificación de la custodia, ante un simple pedido de Marcelo Williams Avilés Cárdenas, la Jueza dejó sin efecto esa orden y decidió que las niñas permanezcan en manos del progenitor quien a la vez derivó la guarda a la abuela paterna, ya que el progenitor vive en Santa Cruz; con esta Resolución infundada la Jueza recurrida encubre el atropello perpetuado por la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, omitiendo a la vez conocer, sustanciar y resolver cualquier conflicto sobre la situación legal de la tenencia de sus hijas, dejándole sin recurso alguno ante el inminente daño moral, psicológico y material que causan a sus hijas y a la recurrente; finalmente, la Jueza no consideró los informes de las visitadoras sociales y psicológicas de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, prevaricando dispuso que fueran los personeros del Servicio Departamental de Gestión Social (SEDEGES) de Cochabamba, quienes deban realizar nuevas evaluaciones y eleven informes, cuando dicha institución no tendría atribuciones ni competencia ya que no son niñas abandonadas o huérfanas.

I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

La recurrente considera vulnerados sus derechos a la seguridad jurídica, a la petición, a la defensa y al debido proceso, citando al efecto los arts. 7 incs. a) y h) y 16 de la CPEabrg.

I.1.3. Autoridades y personas recurridas, y petitorio

El recurso de amparo constitucional está dirigido contra Tatiana de la Fuente, Jueza Quinta de Partido de Familia del Distrito Judicial de Cochabamba, Cira Castro Villarroel y Ana Isabel Cáceres, funcionarias de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Cochabamba; Marcelo Williams Avilés Cárdenas, Ricardo Jaime Avilés Cárdenas y Catalina Cárdenas de Avilés, solicitando se conceda el amparo y se ordene la restitución de las menores F.R.A.R. y N.A.A.R. al cuidado, guarda y responsabilidad de la madre, se declaren ilegales las actuaciones de las funcionarias de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia y sean sancionadas, como también se declare ilegal la orden de la Jueza recurrida por pedir informes al SEDEGES.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

Efectuada la audiencia pública el 26 de octubre de 2006, conforme consta en el acta cursante de fs. 166 a 171, se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación y ampliación del recurso

La recurrente por medio de su abogada ratificó los términos del recurso y ampliándolos señaló: a) Que existe Sentencia de divorcio pronunciada por el Juzgado Quinto de Partido de Familia del Distrito Judicial de Cochabamba y en el acuerdo transaccional que fue homologado en Sentencia, la guarda legal la tiene la madre; el 9 de agosto de 2006, el padre de las menores le expresó que recogería a sus hijas del colegio para luego llevarlas al domicilio de la madre; sin embargo, la madre no quiso reunirse con el padre de sus hijas, absteniéndose de llegar a su casa, pernoctando en la casa de su hermana; b) El padre de las menores realizó denuncia ante la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, y el hermano del mismo las habría llevado a la casa de la abuela paterna sin autorización judicial, sin embargo el poder que tiene solamente es

para el proceso de divorcio, ante este hecho denunció ante la Jueza Quinta de Partido de Familia para que ordene la inmediata restitución de las menores en poder de la madre del ex esposo, y se ordenó la restitución de las menores y dispuso que la Defensoría se inhiba de conocer la denuncia; empero sin que se haya planteado demanda ni se hubiera modificado la tenencia y a un simple pedido del progenitor convocó a audiencia de conciliación y sin escuchar a la madre decidió que las niñas permanezcan con la madre del progenitor, no habiéndose tramitado conforme a procedimiento el incidente promovido; y, c) En cuanto a las servidoras públicas de la Niñez y Adolescencia al hacer declarar a una menor sin comunicar a la denunciada ni al Juzgado que es competente han extralimitado sus facultades; por último señala que se le debe asistencia familiar y que es ilegal la orden del informe biopsicosocial al SEDEGES.

I.2.2. Informe de la autoridad, funcionarias y personas recurridas

Tatiana De la Fuente, Jueza Quinta de Partido de Familia del Distrito Judicial de Cochabamba, presentó informe escrito, cursante de fs. 81 a 91, señalando: 1) Por la Sentencia en el proceso ordinario de divorcio, las niñas N.R.A.R. y F.A.A.R., se hallan bajo la tenencia a favor de la madre Celmi Rivera Cordova; 2) El 12 de agosto de 2006, la ahora demandante solicitó la inhibitoria y restitución al hogar materno de las menores y la inhibitoria de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del conocimiento de la denuncia, ante lo cual por decreto de 14 de agosto de 2006, determinó la inhibitoria solicitada, disponiendo la remisión de antecedentes a ese despacho judicial, realizándose la conclusión de los exámenes psicosociales por la misma Defensoría, finalmente ordenó a Marcelo Williams Avilés Cárdenas que en el día restituya a sus hijas al hogar materno; 3) Mediante memorial de 15 de agosto de 2006, el progenitor de las menores se apersonó respondiendo al memorial de denuncia, por lo que decidió llevar una audiencia de conciliación, también dispuso la realización del examen biopsicosocial de las menores; y, 4) El estado del proceso, respecto a las denuncias esta pendiente de resolución, se están esperando los informes psicosociales encargados al SEDEGES para ser valorados juntamente con los otros informes existentes, por lo que no habría vulnerado ningún derecho fundamental, menos el derechos a la vida, salud y a la seguridad jurídica, no habiendo definido aun la tenencia de las menores a favor de otra persona, lo que si existe es la suspensión de una conminatoria de la entrega de las menores a su madre, mientras se verifique las supuestas denuncias en contra de ella. Por lo cual solicita se declare improcedente el recurso con costas y multas por el principio de subsidiariedad.

Las funcionarias de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Cochabamba, Cira Castro Villarroel y Ana Cáceres, en el informe escrito cursante de fs. 158 a 160, manifestaron: i) Que conocieron la denuncia por parte de Marcelo Williams Avilés Cárdenas padre de las menores, en sentido de que sus hijas recibían maltrato de su madre, por lo que elaboraron un informe social; empero, recibieron una orden de inhibitoria de la Jueza Quinta de Partido de Familia del Distrito Judicial de Cochabamba, suspendiéndose el trámite de la denuncia, remitiendo los antecedentes a la autoridad judicial; y, ii) Aclaró que la auxiliar de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, Ana Cáceres en ningún momento fue a recoger a las menores a su Colegio, ya que es incompatible el horario de trabajo, por lo que no se ha vulnerado derecho alguno pidiendo se declare improcedente el recurso.

Los corecurridos Marcelo Williams Avilés Cárdenas, Ricardo Jaime Avilés Cárdenas y Catalina Cárdenas de Avilés en el informe brindado en audiencia, expresaron: a) Que la **guarda** y tenencia **de** las **menores** fue determinada a favor **de** la madre, pero por los malos tratos inferidos por ella hacia las

menores, el padre denunció a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Cochabamba, por lo que autoridad judicial conociendo estos antecedentes dispuso como medida cautelar la guarda y tenencia de las menores al progenitor; b) La abuela de las menores indicó que simplemente está cumpliendo la orden emanada de la autoridad judicial; c) Por su parte Ricardo Avilés Cárdenas hermano y apoderado de Marcelo Williams Avilés Cárdenas negó haber secuestrado a las menores y que su actuación está enmarcada en el ordenamiento jurídico vigente y en los términos de los poderes conferidos; y, d) Además el padre de las menores solicitó se deje sin efecto la medida cautelar en la admisión del amparo, referida al arraigo, ya que por su situación de asistente de vuelo, tiene que realizar viajes internacionales y el arraigo no le permitiría realizar su trabajo y menos cumplir con la asistencia familiar, solicitando que al no haberse vulnerado ningún derecho fundamental se declare improcedente el "recurso".

I.2.3. Resolución

La Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, constituida en Tribunal de garantías, pronunció la Resolución 047/06 de 26 de octubre de 2006, cursante de fs. 161 a 164, declarando procedente en parte el recurso y concede parcialmente la tutela solicitada, disponiendo se restituya a las menores N.R.A.R. y F.A.A.R. con su madre en los términos de la providencia de 14 de agosto de 2006, debiendo proseguirse con el trámite de modificación de la guarda de las referidas niñas; asimismo, deja sin efecto la medida cautelar de arraigo de Marcelo Williams Avilés Cárdenas ordenado por Auto de Admisión de 20 de Octubre de 2006, en razón a las específicas labores que cumple el recurrido como funcionario de una línea aérea, además tomando en cuenta las obligaciones de sustento a las que está sujeto con referencia a las menores; sin costas ni responsabilidad a ninguna de las partes por ser excusable.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

Habiéndose designado Magistrados del Tribunal Constitucional en el marco de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, mediante Acuerdo Jurisdiccional 001/2010 de 8 de marzo, se procedió al sorteo el 12 de abril de 2010, por lo que la presente Resolución es pronunciada dentro de plazo.

II. CONCLUSIONES

Del análisis del expediente y de la prueba aportada, se concluye lo siguiente:

II.1. En el Juzgado Quinto de Partido de Familia del Distrito Judicial de Cochabamba dentro del proceso de divorcio de la recurrente con Marcelo William Avilés Cárdenas, se suscribió un acuerdo transaccional referente a las medidas provisionales, otorgándose la tenencia de las menores a favor de la madre (fs. 1 a 2 vta.), cursan poderes de representación otorgados por Marcelo Williams Avilés Cárdenas a favor de Ricardo Jaime Avilés Cárdenas (fs. 4 a 5), la Sentencia de divorcio pronunciada el 25 de marzo de 2006 homologa el acuerdo transaccional (fs. 6 a 7) y habiéndose emitido el Auto de ejecutoria de la Sentencia (fs. 17 vta.).

II.2. La recurrente presentó denuncia ante la Jueza Quinta de Partido de Familia del Distrito Judicial de Cochabamba y solicitó la inhibitoria de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, también la restitución de las niñas al hogar materno (fs. 19 y vta.), ante lo cual se conminó al progenitor de las menores para que restituya a las mismas al hogar materno, y se dispuso la inhibitoria de la

Defensoría (fs. 20).

II.3. Mediante memorial presentado el 15 de agosto de 2006, el progenitor de las menores solicitó se deje sin efecto la conminatoria (fs. 22 a 23 vta.), ante lo cual la Jueza de la causa dispone audiencia de conciliación y deja pendiente la conminatoria de restitución de las menores (fs. 24).

II.4. Asimismo, cursa memorial de solicitud de nuevo señalamiento de conciliación y providencia que la dispone (fs. 28 y vta.), denuncia e informe social realizada por la Defensoría de la Niñez y Adolescencia (fs. 32 a 37), acta de audiencia de conciliación y providencia que dispone la realización del examen biopsicosocial al SEDEGES de Santa Cruz (fs. 39).

II.5. En fecha posterior, la progenitora presentó un nuevo memorial solicitando la restitución inmediata de las menores, ante lo cual la Jueza pronunció "Estése a los datos del proceso y al Decreto de fecha 07 de septiembre de 2006...." (sic) (fs. 40 a 41 vta.).

II.6. El progenitor presentó en la vía incidental el cambio de tutela de las menores (fs. 142 a 144), providencia que corre en traslado a la parte contraria (fs. 144), informe biopsicosocial realizada por el SEDEGES de Santa Cruz (fs. 150 a 157), incidente que está en trámite a momento de la interposición de la presente acción tutelar.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La recurrente, ahora accionante, señala que la autoridad judicial, al igual que los funcionarios y personas particulares recurridas, en adelante demandadas, vulneraron sus derechos, a la seguridad jurídica, a la petición, a la defensa y al debido proceso, al no ordenar la Jueza de la causa la inmediata restitución de sus hijas al hogar materno; las funcionarias de la Defensoría sin tener competencia han realizado el estudio social a sus hijas, y el ex esposo, su hermano y la abuela paterna han retenido a sus hijas sin haber sido modificada la tutela. En ese sentido, corresponde en revisión, analizar si tales aseveraciones son ciertas y si dan lugar o no a brindar la tutela solicitada.

III.1. Consideraciones previas: En cuanto a la aplicación de la Constitución Política del Estado y el uso de la terminología adecuada en la acción de amparo constitucional

De conformidad a lo establecido en el art. 410 de la Constitución Política del Estado (CPE), al ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y gozar de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, a objeto de cumplir el mandato y las funciones establecidas por los arts. 1 y 7 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), 4 de la Ley 003, Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, mediante la SC 0011/2010-R de 6 de abril éste Tribunal determinó que toda su actuación será acorde al nuevo orden constitucional en observancia y coherencia con los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el país y que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Asimismo, en el orden procesal en lo atinente a la terminología de esta acción tutelar, luego de un análisis normativo a través de la SC 0071/2010-R de 3 de mayo, se unificó criterios y se estableció que para referirse a la persona física o jurídica que interponga esta acción tutelar será 'accionante', y con relación a la

autoridad, funcionario, 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. (SC 0119/2010-R de 10 de mayo).

En los casos en que no sea posible ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada, se mantendrá la denegatoria, haciéndose constar tal situación, dado que el accionante puede nuevamente interponer la acción tutelar, siempre y cuando, cumpla con los requisitos de admisibilidad.

Resoluciones que en virtud a los arts. 4 y 44 de la LTC, son de carácter vinculante para todas las autoridades judiciales que actúen como tribunal de garantías constitucionales, como para este Tribunal.

III.2.El principio de subsidiariedad del amparo constitucional

Que con relación al carácter subsidiario de la presente acción tutelar, el art. 129.I de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), señala: "La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución, ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados".; asimismo el art. 19.IV de la CPEabrg señala: "La autoridad judicial examinará la competencia del funcionario o los actos del particular y, encontrando cierta y efectiva la denuncia, 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, elevando de oficio su resolución ante el Tribunal Constitucional para su revisión, en el plazo de veinticuatro horas." (las negrillas y el subrayado son nuestros).

En el caso, si bien existe un incidente donde se tramita la consideración de la modificación de tutela, no es menos evidente que al tratarse de niñas que gozan de protección especial por parte del Estado, corresponde, ingresar al análisis de la problemática planteada.

III.3.Sobre los derechos invocados

La accionante invocó como vulnerados sus derechos a la seguridad jurídica, a la defensa, a la petición y al debido proceso.

En cuanto a la seguridad jurídica

Que fue invocada en su momento por los accionantes, como "derecho fundamental", este Tribunal a través de la SC 0096/2010-R de 4 de mayo, señaló que: "...si bien la Constitución Política del Estado abrogada, en el catálogo de derechos fundamentales contenidos en su art. 7 inc. a), establecía que toda persona tiene el derecho: 'A la vida, la salud y la seguridad', a partir de lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció la consagración del "derecho a la seguridad jurídica" como derecho fundamental, y en su mérito, ante la constatación de su vulneración, en repetidas ocasiones otorgó la tutela del amparo. No obstante, al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art. 178 de la CPE); y por otro lado, como un principio articulador

de la economía plural en el modelo económico boliviano (art. 306.III de la CPE). Esta característica actual, es coincidente con lo establecido por otra Constitución y Tribunal Constitucional, tal el caso de España que en su Constitución en el art. 9.3, establece a la seguridad jurídica como principio, y en su jurisprudencia, a través de la STC 3/2002 de 14 de enero, ha señalado que: '...la seguridad jurídica es un principio general del ordenamiento jurídico y un mandato dirigido a los poderes públicos que no configura, sin embargo, derecho fundamental alguno a favor de los ciudadanos que pueda interesarse en el proceso constitucional de amparo'.

Asimismo, se agregó que, en: "...la realidad jurídica nacional actual, se debe tener claramente establecido que 'la seguridad jurídica' al ser un principio, no puede ser tutelado por el recurso o acción de amparo constitucional que tiene por finalidad proteger derechos fundamentales -no principios-, reconocidos por la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos reconocidos y/o ratificados por el país (que conforman el bloque de constitucionalidad) y las leyes; sin embargo, por su reconocimiento constitucional, no puede ser inobservado por las autoridades jurisdiccionales y/o administrativas, a momento de conocer y resolver un caso concreto sometido a su competencia, por tanto es de inexcusable cumplimiento.

De tal manera que cuando se viola un derecho fundamental en esa instancia procesal sea judicial o administrativa, deviene en la inobservancia a este principio de orden general y procesal, es decir, es un efecto o consecuencia.

Al respecto, en un entendimiento coherente con el presente razonamiento, este Tribunal en la SC 70/2010-R de 3 de mayo, señaló que: '...la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal; este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional, que en su art. 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad". (las negrillas y el subrayado nos pertenecen)

En cuanto al derecho al debido proceso

El art. 115.II de la CPE establece que el Estado garantiza el derecho al debido proceso al señalar que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. En este sentido, el debido proceso, exige que los litigantes tengan el beneficio de un juicio imparcial ante los tribunales y que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar, es decir, implica el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, lo que importa a su vez el derecho a la defensa, el emplazamiento personal, el derecho de ser asistido por un intérprete, el derecho a un juez imparcial; y por otra parte, se produce también por la infracción de las disposiciones legales procesales, es decir, los procedimientos y formalidades establecidas por Ley", garantía al debido proceso que es aplicable a los procesos judiciales y administrativos en los que se imponga sanciones.

Al respecto, la SC 0119/2003-R de 28 de enero, señaló "Se entiende que el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales...".

En cuanto al derecho a la defensa

También está previsto en el art. 115.II de la CPE, respecto al cual la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que: "...este derecho tiene dos connotaciones: La primera es el derecho que tienen las personas, cuando se encuentran sometidas a un proceso con formalidades específicas, a tener una persona idónea que pueda patrocinarle y defenderle oportunamente, mientras que la segunda es el derecho que precautela a las personas para que en los procesos que se les inicia, tengan conocimiento y acceso de los actuados e impugnen los mismos con igualdad de condiciones conforme a procedimiento preestablecido y por ello mismo es inviolable por las personas o autoridad que impidan o restrinjan su ejercicio..." SC 1842/2003-R de 12 de diciembre.

De manera más específica, cabe señalar que este Tribunal en la SC 0010/2010-R de 6 de abril, indicó que: "La Constitución Política del Estado abrogada reconocía en el art. 16.II el derecho a la defensa, estableciendo la misma norma, en el párrafo III, que: 'Desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor'. La Constitución Política del Estado vigente, en el art. 115.II, reconoce el derecho a la defensa, y en el art. 119 señala expresamente que: '...El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios'. Por su parte, el art. 14.3 del PIDCP, establece las garantías mínimas que durante el proceso tiene derecho toda persona acusada de un delito, entre ellas: "A hallarse presente en el proceso y defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección, a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo..."

En cuanto al derecho de petición

El art. 24 de la CPE, establece que: Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario"; así también la SC 0310/2004-R de 10 de marzo, estableció que: "...en caso de alegarse la violación del derecho a formular peticiones, corresponde que el recurrente, demuestre los siguientes hechos: a) la formulación de una solicitud expresa en forma escrita; b) que la misma hubiera sido formulada ante una autoridad pertinente o competente; c) que exista una falta de respuesta en un tiempo razonable y d) se haya exigido la respuesta y agotado las vías o instancias idóneas de esa petición ante la autoridad recurrida y no existan otras vías para lograr la pretensión".

III.4.Análisis del caso de autos

En cuanto a la actuación de la autoridad jurisdiccional demandada, Jueza Quinta de Partido de Familia del Distrito Judicial de Cochabamba, al no mantener firme su decisión inicial de la inmediata restitución de las menores al seno materno, es decir de la accionante, no obstante de que a momento de la interposición de la presente acción tutelar, tenía a su favor la tenencia legal de sus hijas. Se debe tener en cuenta que, si bien la accionante manifiesta que realizó pedidos a la Jueza para que ordene la restitución de sus niñas, del

análisis de los actuados procesales se establece que la autoridad demandada en principio dio curso a esta solicitud, conminando al progenitor Marcelo Williams Avilés Cárdenas restituya a las menores al hogar materno, pero luego esta medida fue suspendida, disponiendo una audiencia de conciliación.

En ese sentido, de la revisión de antecedentes se constata que en el fenecido proceso de divorcio, se otorgó la tenencia de las hijas a favor de la madre, conforme se desprende del acuerdo transaccional que fue debidamente homologado en Sentencia, y que por ende, es de cumplimiento obligatorio para las partes, hasta en tanto no exista una modificación por la autoridad judicial; ya que la tenencia, asistencia familiar no causan estado y pueden ser modificadas en cualquier momento de acuerdo a las circunstancias o hechos que justifiquen las partes ante la autoridad que conoce el trámite. En el caso la Jueza Quinta de Partido de Familia al ser directora del proceso debió encaminar y orientar a las partes, así como debió disponer sin dilaciones el retorno de las niñas con la madre que tiene la tenencia legal, mucho más si aún está en trámite la modificación de esa situación jurídica, solicitada por el progenitor. En consecuencia, corresponde la restitución de las hijas al seno materno; por lo que se concluye que hubo demora por parte de la Jueza demandada, causando de esta manera incertidumbre, afectando psicológicamente a las mismas, conforme se evidencia de los informes sociales y como emergencia de ello se vulneró el derecho de la accionante al debido proceso.

Con relación a las funcionarias de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, se establece, que su intervención fue a raíz de la denuncia del progenitor en contra de la madre por maltrato e irresponsabilidad materna y conforme a las facultades que les otorga el Código Niño, Niña y Adolescente participaron en la elaboración del informe social y una vez que la autoridad competente determinó la inhibitoria, las mismas remitieron antecedentes a conocimiento del Juzgado donde se tramita la modificación de la tenencia en ese fenecido proceso de Divorcio, ya que la autoridad competente para determinar la modificación de la tenencia es la Jueza de la causa como señalaron en su informe escrito; además, no existe prueba alguna de que la funcionaria de la Defensoría hubiera procedido a la entrega de las menores a la abuela paterna, como señaló la accionante en su recurso; por consiguiente, no existe vulneración a los derechos que señala la demandante, por lo que su participación es excusable.

Con relación a las personas particulares, ex esposo Marcelo Williams Avilés Cárdenas, a su hermano Ricardo Avilés Cárdenas y la abuela paterna de las menores Catalina Cárdenas de Avilés, al haber una orden judicial posterior que dejó sin efecto la devolución de las menores, su conducta también resulta excusable.

Por lo expuesto precedentemente, el Tribunal de garantías, al haber declarado procedente en parte el recurso, con las aclaraciones y fundamentos precedentes valoró adecuadamente los antecedentes del caso.

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; 7 inc. 8) y 102.V de la Ley del Tribunal Constitucional, en revisión resuelve APROBAR la Resolución 047/06 de 26 de octubre de 2006, cursante a fs. 161 a 164, pronunciada por la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba; y en consecuencia, CONCEDER la tutela solicitada en contra de la Jueza Quinta de Partido de Familia; y se

DENEGAR con relación a los demás demandados: Cira Castro Villarroel, Ana Isabel Cáceres, funcionarias de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de Cochabamba, Marcelo Williams Avilés Cárdenas, Ricardo Jaime Avilés Cárdenas y Catalina Cárdenas de Avilés.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

El Magistrado, Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés, no participa por ser de voto disidente.

Fdo. Dr. Juan Lanchipa Ponce
PRESIDENTE

Fdo. Dr. Abigael Burgoa Ordóñez
DECANO

Fdo. Dr. Ernesto Félix Mur
MAGISTRADO

Fdo. Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños
MAGISTRADA
VOTO DISIDENTE
Sucre, 29 de junio de 2010

Sentencia:0294/2010-R de 7 de junio de 2010

Expediente:2006-14853-30-RAC

Materia:Recurso de amparo constitucional

Partes: Celmi Rivera Córdova contra Tatiana De La Fuente, Jueza Quinta de Partido de Familia del Distrito Judicial de Cochabamba, Cira Castro Villarroel y Ana Isabel Cáceres, Jefa y Asistente Legal de la Defensoría Municipal de la Niñez y Adolescencia de Cochabamba, respectivamente; Marcelo Williams Avilés Cárdenas, Ricardo Jaime Avilés Cárdenas y Catalina Cárdenas de Avilés.

Distrito:Cochabamba

Magistrado: Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés

El suscrito Magistrado, dentro del término previsto en el art. 47.II de la Ley del Tribunal Constitucional, presenta su voto disidente con relación a la SC 284/2010-R de 7 de junio, conforme a los siguientes fundamentos.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Problema jurídico planteado

La recurrente, ahora accionante, presentó el amparo constitucional denunciando que a) Las funcionarias de la Defensoría Municipal de la Niñez y Adolescencia junto a los particulares demandados recogieron a sus hijas del colegio y las dejaron al cuidado de la abuela paterna (demandada) que retiene a sus hijas hasta la fecha, pese a que tiene la tenencia legal de las mismas; b) La autoridad judicial demandada, no obstante que ordenó la restitución inmediata de sus hijas, posteriormente, ante un simple pedido de Marcelo Williams Avilés, dejó sin efecto esa orden y decidió que las hijas permanezcan en manos del progenitor, quien a su vez derivó la guarda a su abuela paterna.

I.2. Los Fundamentos y la Resolución de la SC 0294/2010-R de 7 de junio
La SC 0294/2010-R de 7 de junio de 2010, aprobó la resolución del Tribunal de garantías y, por tanto, concedió la tutela solicitada contra la Jueza Quinta de Partido de Familia y denegó la tutela con relación a las funcionarias de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia y contra los particulares.

Los fundamentos de la Sentencia para conceder la tutela respecto a la jueza demanda son plenamente compartidos por el Magistrado que suscribe y están contenidos en los dos primeros párrafos del Fundamento III.4., en el que se sostiene:

"(...) de la revisión de antecedentes se constata que en el fenecido proceso de divorcio, se otorgó la tenencia de las hijas a favor de la madre, conforme se desprende del acuerdo transaccional que fue debidamente homologado en la Sentencia, y que por ende, es de cumplimiento obligatorio para las partes, hasta en tanto no exista una modificación por la autoridad judicial; ya que la tenencia, asistencia familiar no causan estado y pueden ser modificadas en cualquier momento de acuerdo a las circunstancias o hechos que justifiquen las partes ante la autoridad que conoce el trámite. En el caso la Jueza Quinta de Partido de Familia al ser directora del proceso debió encaminar y orientar a las partes, así como debió disponer sin dilaciones el retorno de las niñas con la madre que tiene la tenencia legal, mucho más si aún está en trámite la modificación de esa situación jurídica, solicitada por el progenitor. En consecuencia, corresponde la restitución de las hijas al seno materno; por lo que se concluye que hubo demora por parte de la Jueza demandada, causando de esta manera incertidumbre, afectando psicológicamente a las mismas, conforme se evidencia de los informes sociales y como emergencia de ello se vulneró el derecho de la accionante al debido proceso".

Con relación a las funcionarias de la Defensoría de la Niñez y Adolescencias, el suscrito también comparte la decisión del proyecto de denegar la tutela, y los fundamentos contenidos en la SC 0294/2010-R, en la que se sostuvo "que su intervención fue a raíz de la denuncia del progenitor en contra de la madre por maltrato e irresponsabilidad materna y conforme a las facultades que les otorga el Código Niño, Niña y Adolescente participaron en la elaboración del informe social y una vez que la autoridad competente determinó la inhibitoria, las mismas remitieron antecedentes a conocimiento del Juzgado donde se tramita la modificación de la tenencia en ese fenecido proceso de Divorcio, ya que la autoridad competente para determinar la modificación de la tenencia es la Jueza de la causa como de señalaron en su informe escrito; además no existe prueba alguna de que la funcionaria de la Defensoría hubiera procedido a la entrega de las menores a la abuela paterna, como señaló la accionante en su recurso; por consiguiente, no existe vulneración a los derechos que señala la demandante, por lo que su participación es excusable".

Finalmente, respecto a las persona particulares demandadas Marcelo y Ricardo Avilés Cárdenas, y Catalina Cárdenas de Avilés, el proyecto sostiene que "al haber una orden judicial posterior que dejó sin efecto la devolución de las menores, su conducta también resulta excusable"; última decisión que no comparte el magistrado que suscribe, por las siguientes razones:

1. De acuerdo a los antecedentes cursantes en obrados, en el Juzgado Quinto de Partido de Familia del Distrito Judicial de Cochabamba, dentro del proceso de divorcio entre la accionante y Marcelo William Avilés Cárdenas, en la Sentencia de 29 de marzo de 2006, que declaró probada la demanda de divorcio, se aprobó y homologó el documento transaccional de 29 de marzo de 2004, por el que se otorgó la tenencia de las hijas a favor de la madre (fs. 1-2, 6-7).

2. No obstante que la madre tenía la tenencia de las hijas, el padre las retuvo en su poder, como se comprueba por la denuncia efectuada por la actual accionante el 12 de agosto de 2006 ante la Jueza Quinta de Partido de Familia a quien además solicitó la restitución de las niñas al hogar materno (fs. 19). Ante dicho pedido, la jueza, por Decreto de 14 de agosto de 2006, la inhibitoria de la defensoría en el caso y ordenó a Marcelo Williams Avilés Cárdenas -ahora demandado para que en el día restituya a sus hijas al hogar materno bajo conminatoria de ley en caso de incumplimiento; sin embargo, los particulares recurridos no hicieron caso a la conminatoria.

3. Consecuentemente se constata que los particulares sin tener la tenencia legal, primero retuvieron a las hijas y luego incumplieron con la conminatoria efectuada por la jueza, de donde se desprende que efectivamente cometieron actos ilegales que no pueden encontrar amparo en las normas jurídicas y tampoco pueden ser excusables, como sostiene la Sentencia que motiva la disidencia; pues si bien posteriormente, ante el pedido del progenitor de las menores, también demandado, la jueza dispuso audiencia de conciliación y dejó pendiente la conminatoria de restitución de las menores, lo que aparentemente justificaría la actuación posterior de los particulares, empero, debe considerarse que los actos iniciales de los particulares fueron ilegales, de lo que se concluye que la tutela debió también ser concedida respecto a ellos, disponiendo que restituyan inmediatamente a las hijas bajo la tenencia de la madre.

Al margen de los fundamentos expuestos precedentemente, el suscrito magistrado reitera su disidencia respecto a la afirmación contenida en el Fundamento III.3. de la SC 0294/2010-R, en sentido que la seguridad jurídica no puede ser tutelada a través del amparo constitucional; disidencia efectuada a la SSCC 0092/2010-R, 0096/2010-R, 0119/2010-R, conforme a los siguientes términos:

1. La seguridad jurídica fue concebida como derecho por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a partir de una interpretación del art. 7 inc. a) de la Constitución Política del Estado abrogada. Así el AC 0287/1999-R, sostuvo:

"Que, el inc. a) del art. 7 de la Constitución Política del Estado, consagra a la Seguridad como uno de los derechos fundamentales de las personas (entendida como exención de peligro o daño; solidez; certeza plena; firme convicción), de lo que se extrae que es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a todos, el que disfrute del ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que le reconocen la Constitución y las Leyes; principios que se hallan inspirados en un orden jurídico superior y estable (Estado de Derecho), que satisfaga los anhelos de una vida en paz, libre de abusos".

La definición anotada, es coherente con el desarrollo que la doctrina contemporánea sobre la seguridad jurídica, que entiende a ésta como presupuesto del derecho y como función del derecho en la medida en que asegura la realización de las libertades, convirtiéndose en un "valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales" (PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, La seguridad jurídica, una garantía del derecho y la justicia, en Boletín de la Facultad de Derecho, 15, 2000, p. 28).

La seguridad jurídica, entonces, es un valor vinculado al Estado de Derecho, que tiene, como anota Pérez Luño, una dimensión objetiva que se traduce en una adecuada formulación de las normas del ordenamiento jurídico y el cumplimiento del derecho por sus destinatarios, y una dimensión subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, que se constituye en una proyección de la dimensión objetiva en el ámbito personal: La certeza del derecho permite que la persona organice y programe sus acciones bajo pautas de previsibilidad.

En este entendido, si los valores incorporan contenido material a la Constitución Política del Estado y constituyen el espíritu, fin y función del ordenamiento jurídico, y su punto de partida, a decir de Gregorio Peces Barba (Cit. por ARCE Y FLORES VALDÉS, Joaquín, Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional, Editorial Civitas, 1990), la seguridad jurídica debe ser considerada definitivamente como un valor.

2. El art. 9.2 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), hace referencia a la seguridad como fin y función del Estado, al señalar que: "Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la

Constitución y la ley: 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe".

La seguridad entonces, como función y fin del Estado, debe ser entendida de manera amplia, y por tanto, no sólo será comprensiva de la seguridad personal o física, sino también de la seguridad jurídica, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva y, por ende como una condición esencial para el desarrollo, el desenvolvimiento de las personas, comunidades, naciones y pueblos; de donde se concluye que la seguridad jurídica está concebida en la Constitución Política del Estado como un verdadero valor que da contenido material a las normas y se constituye en el núcleo básico del ordenamiento jurídico.

De lo dicho también se desprende que la seguridad jurídica es una garantía para el ejercicio de los derechos; pues sólo en tanto y en cuanto se cumpla con la dimensión objetiva y subjetiva de la seguridad jurídica, estarán dadas las condiciones necesarias para el pleno goce y disfrute de los derechos. De ahí nace también la facultad que tiene la persona de exigir al Estado el cumplimiento de su fines y funciones, entre ellas, garantizar la seguridad jurídica; configurándose entonces la seguridad jurídica como un verdadero derecho de la persona frente al Estado.

Además de los argumentos señalados, debe considerarse que la seguridad jurídica está prevista como principio de la potestad de administrar justicia en el art. 178.I, y como principio procesal de la jurisdicción ordinaria en el art. 180 de la CPE, lo que implica, entonces, que la actividad de los administradores de justicia, debe estar orientada a dar certeza a las partes dentro de un proceso judicial.

En síntesis, se puede concluir que la seguridad jurídica puede ser considerada como valor, garantía, derecho, y principio, y por lo mismo puede encontrar protección a través de la acción de amparo constitucional.

3. Además de los argumentos señalados, debe considerarse que el presente recurso de amparo constitucional fue presentado en vigencia de la Constitución Política abrogada, bajo cuyas normas el Tribunal Constitucional concibió -como se tiene dicho- a la seguridad jurídica como un derecho. En consecuencia, en virtud al principio pro hómine, debe aplicarse dicho entendimiento jurisprudencial, al ser favorable al representado del recurrente, ahora accionante, que presentó el recurso amparado en dicho derecho.

Por otra parte, a partir del principio de progresividad, no pueden desconocerse los logros y el desarrollo alcanzado en materia de derechos humanos en cuanto a la ampliación de su número, desarrollo de su contenido y el fortalecimiento de los mecanismos jurisdiccionales para su protección. En ese ámbito, deben considerarse los progresos alcanzados respecto a los mismos tanto en el ámbito nacional como internacional, buscando el progreso constante del derecho internacional de derechos humanos que se inserta en nuestro sistema jurídico a través del bloque de constitucionalidad (art. 410.II de la CPE).

Este principio de progresividad está contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 29 incs. b) y c), señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en sentido de "b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las Leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados", y "c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (...)"

Similar disposición se encuentra prevista en el art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al señalar que "No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de Leyes, convenciones, reglamentos o costumbre, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce e los reconoce en menor grado".

Conforme a lo anotado, la protección de los derechos fundamentales por parte de los jueces y tribunales de justicia debe buscar que el ejercicio de los mismos se realice de similar manera, grado y forma en que fueron protegidos con anterioridad, sin detrimento de los logros alcanzados e, inclusive, se debe procurar optimizar las condiciones a favor de un mejor contenido y alcance de los derechos; pues el principio de progresividad impele a la superación continua en la protección de los derechos humanos, considerando que éstos están en constante evolución.

De acuerdo a lo expuesto, no es posible desconocer el desarrollo jurisprudencial que el Tribunal Constitucional ha realizado respecto a la seguridad jurídica y sostener que al no estar previsto expresamente como derecho no podría ser tutelado vía amparo constitucional, pues esa, además de ser una interpretación contraria al principio pro hómine también lesiona el principio de progresividad de los derechos humanos, y desconoce la cláusula abierta prevista en el texto art. 13.II de la CPE, que determina que "Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados".

Por los argumentos expuestos, el Magistrado que suscribe considera que se debió otorgar la tutela también respecto a los particulares recurridos, y al derecho a la seguridad jurídica.

Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés
MAGISTRADO

