



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0313/2015-S1

Sucre, 30 de marzo de 2015

SALA PRIMERA ESPECIALIZADA

Magistrado Relator: Tata Efren Choque Capuma

Acción de libertad

Expediente: 08523-2014-18-AL

Departamento: El Alto

En revisión la Resolución 327/2014 de 7 de septiembre, cursante de fs. 97 a 99, pronunciada dentro de la acción de libertad interpuesta por Marvin Antonio Alcón López en representación sin mandato de Alvaro Roguer Monzon Rojas, padre de AA contra Rosario Maquel, Responsable de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia 24 horas; Cesario Ticona, efectivo policial y Agustín Huanca Mamani, Comandante del Módulo 9.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la demanda

Por memorial presentado el 6 de septiembre de 2014, cursante de fs. 35 a 38 vta., el representante del accionante expone los siguientes fundamentos:

I.1.1. Hechos que motivan la acción

Paulina Apaza Quispe y Alvaro Roguer Monzon Rojas, firmaron el 12 de marzo de 2013, acuerdo transaccional de guarda, tenencia y custodia de su hija menor de edad AA a favor del progenitor, el mismo que cuenta con reconocimiento de firmas y rúbricas.

El 5 de septiembre de 2014, aproximadamente a las 19:00, la madre de la menor AA, se constituyó juntamente con su abogado en casa de Alvaro Roguer Monzon Rojas y aprovechando que este se encontraba ausente, al ser atendidos por su madre mayor de edad y única que le colaboraba con el cuidado de la menor, ingresaron con violencia y “secuestraron” (sic) a AA, quien se encontraba llorando y la sacaron en las condiciones que estaba “desabrigada y asustada” (sic), para luego trasladarla en una radio patrulla 110 al “albergue” (sic.) 24 horas, todo a la vista de dos funcionarios policiales que no hicieron nada ante lo ocurrido.

Una vez en el albergue y ante la negativa a la solicitud de poder ver a su hija AA, el progenitor solicitó observar la orden judicial de retención de la menor; empero, solo contaban con una nota de internación firmada por el funcionario policial Cesario Ticona; por lo que, optó por hablar con Rosario Maquel, Responsable del citado albergue -defensoría de la Niñez y Adolescencia 24 horas- de la ciudad de El Alto, la que indicó que no entregarían a la menor por ser un rescate reiterado en

varias oportunidades.

I.1.2. Derechos y garantías supuestamente vulnerados

El representante alega la lesión del derecho a la libertad de AA y a la garantía del debido proceso, citando al efecto los arts. 23 y 117 de la Constitución Política del Estado (CPE).

I.1.3. Petitorio

Solicita se conceda la tutela, para que se restituya de forma inmediata la libertad de la menor AA.

I.2. Audiencia y Resolución del Juez de garantías

Celebrada la audiencia pública el 7 de septiembre de 2014, según consta en el acta cursante de fs. 96 y vta., se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación y ampliación de la acción

El accionante a través de su representante, ratificó los fundamentos de su demanda y ampliando la misma, manifestó que: a) No existe orden expresa emitida por autoridad jurisdiccional competente que mandaría realizar lo acaecido el 5 de septiembre de 2014 y tampoco el accionar de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia; b) Los progenitores de AA, firmaron un acuerdo transaccional a favor del padre, mismo que se encuentra en trámite de homologación ante la autoridad competente, indica además que desde el momento de la separación Paulina Apaza Quispe, ha instaurado varios procesos en contra de Alvaro Roguer Monzon Rojas, ninguna con orden expresa y que no se hubieran notificado con ningún exhorto suplicatorio de esta jurisdicción u otro de Cochabamba, siendo que la progenitora tiene su domicilio en La Paz.

I.2.2. Informe de la autoridad y efectivos policiales demandados

La abogada de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, en representación de Rosario Maquel, responsable del “albergue 24 horas” (sic.) de la ciudad de El Alto, informó en audiencia que existen exhortos suplicatorios de autoridad jurisdiccional de Cochabamba, que ordenaban el rescate de AA y que el “albergue” (sic.) solo estaba al cuidado de la menor al no tener la progenitora domicilio en La Paz, en cumplimiento del art. 171 y 174 del Código Niña, Niño y Adolescente (CNNA).

Cesario Ticona, funcionario policial, en audiencia informó que junto a la progenitora de AA y su abogado, se constituyeron en casa de Alvaro Roguer Monzon Rojas, para citarlo con exhorto suplicatorio, pero al ser abierta la puerta, Paulina Apaza Quispe, ingresó con violencia a la misma y salió cargando a la menor; por lo que, para proteger la salud de la menor y su progenitora fueron evacuadas ante la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

Agustín Huanca Mamani, no presentó informe ni se apersonó a la audiencia programada, pese a su legal notificación cursante a fs. 40 vta.

I.2.3. Resolución

El Juez Cuarto de Instrucción Penal, Liquidador y Cautelar de El Alto, constituido en Juez de garantías, mediante Resolución 327/2014 de 7 de septiembre, cursante de fs. 97 a 99, concedió la tutela solicitada, disponiendo que dentro de veinticuatro horas de dictada la señalada resolución se ponga antecedentes y a la menor de edad, ante el Juez de la Niñez y Adolescencia para que resuelva

la tenencia y guarda de la misma; asimismo, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia remita informe sobre la salud de la menor al órgano jurisdiccional competente, no se determinó responsabilidad para los demandados por ser excusable, con los siguientes fundamentos: 1) La ejecución del exhorto suplicatorio incumplió el “ritual procesal” (sic) que implica que debe ser puesto a conocimiento de la autoridad jurisdiccional de ese distrito para que bajo su responsabilidad ordene a la entidad responsable de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia el rescate de la menor, contrariamente fue ejecutado con violencia por la progenitora y un funcionario policial sin resguardar la salud o desarrollo integral de la menor y al margen de lo ordenado por la autoridad jurisdiccional de Cochabamba; 2) El exhorto no señala que sea con facultad de allanamiento; 3) Existe conflicto legal entre progenitores; 4) La Defensoría de la Niñez y Adolescencia tuvo conocimiento a partir que el funcionario policial hubiera conducido a la menor AA y a su progenitora a esa dependencia; y, 5) La progenitora hizo caer en error al funcionario policial Cesario Ticona al querer hacer citar con un exhorto suplicatorio, que no ordenaba citación alguna ni tenía mandato de allanamiento para rescatar a la menor AA.

II. CONCLUSIONES

Efectuada la debida revisión y compulsa de los antecedentes, se establece lo siguiente:

- II.1. Cursa certificado de nacimiento y cédula de identidad de la menor de edad AA, con fecha de nacimiento 20 de mayo de 2011, hija de Alvaro Roguer Monzon Rojas y Paulina Apaza Quispe (fs. 1 a 2).
- II.2. El 12 de marzo de 2013, los progenitores de la menor AA, firmaron documento de acuerdo entre partes, donde se determinó la guarda y custodia de AA a favor del padre, el mismo que cuenta con reconocimiento de firmas ante Notario de Fe Pública de Primera Clase 44 de La Paz (fs. 4 a 5).
- II.3. La Defensoría de la Niñez y Adolescencia 24 horas de El Alto, cita a Alvaro Roguer Monzon Rojas, para el 13 de junio de 2013, y manda se presente con la menor AA para conocer su situación bio-psico-social (fs. 15).
- II.4. Cursa fotocopia simple de proceso de Homologación de Acuerdo Transaccional de 27 de diciembre de 2013, presentado el 26 de febrero de 2014, ante Juzgado de turno de Instrucción de Familia de El Alto, por Paulina Apaza Quispe contra Alvaro Roguer Monzon Rojas, mismo que concluyo con retiro de demanda (fs. 22 a 24; y, 31).
- II.5. El 7 de marzo de 2014, el padre de AA, interpuso demanda de homologación de acuerdo transaccional de guarda y custodia de 12 de marzo 2013, contra Paulina Apaza Quispe (fs. 71 a 74).
- II.6. Alvaro Roguer Monzon Rojas, formaliza denuncia contra la madre de AA, por la supuesta comisión del delito de homicidio en grado de tentativa, el 14 de abril de 2014 (fs. 6 a 9).
- II.7. Claudia Canaza Jorge, Jueza Primera de Partido de la Niñez y Adolescencia de Cochabamba, el 22 de mayo de 2014, libra exhorto suplicatorio dentro el proceso de restitución familiar seguido por Paulina Apaza Quispe contra el Alvaro Roguer Monzon Rojas, para citar a éste con memorial de demanda y para que conteste a la misma; asimismo, conmina para que presente a la menor AA ante dicha autoridad. Por Decreto de 23 de mayo del citado año, la Jueza de Partido de la Niñez y Adolescencia de El Alto, ordenó al oficial de diligencia de su despacho notificar y diligenciar lo referido (fs. 75 a 78 vta.).
- II.8. La autoridad citada anteriormente, el 9 de junio de 2014, libra nuevo exhorto suplicatorio

para notificar al Director de la Fuerza Especial de Lucha contra la Violencia (FELCV) y a la Directora de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del El Alto, para que estas instituciones procedan al rescate de la menor AA, en uso de sus específicas atribuciones (fs. 83 a 84).

II.9. El padre de AA remite el 2 de septiembre de 2014, memorial a la responsable de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de el Alto, refiriendo que la madre de AA, tuviera intención de secuestrar a la misma, que hubiera interpuesto demanda de restitución de menor en Cochabamba y otra de homologación de acuerdo transaccional en El Alto; por lo que, solicita se rechace todo lo que quiera realizar Paulina Apaza Quispe, por existir procesos donde se encuentra debatiendo la guarda y tenencia de la menor de edad (fs. 90 a 93).

II.10. El 2 de septiembre de 2014, la autoridad jurisdiccional de Cochabamba señalada precedentemente, expide exhorto suplicatorio para que “CUALQUIER FUNCIONARIO HABIL Y NO IMPEDIDO DEL JUZGADO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CIUDAD DEL ALTO” (sic) proceda al rescate de la menor AA, misma que “de ser necesario deberá buscar el apoyo de otras instituciones que la colaboren en dicho cometido” (sic.), indica de forma expresa que no tiene competencia para disponer allanamientos (fs. 85 a 87).

II.11. La Fiscal de Materia de Cochabamba, Elizabeth Betancour Ticona, el 2 de septiembre de 2014, cita a Alvaro Roguer Monzon Rojas para que preste su declaración informativa el 17 de septiembre del mencionado año, en dependencias de la Fiscalía de Cochabamba, dentro el proceso que sigue el Ministerio Público a denuncia de Paulina Apaza Quispe, contra el señalado, por la supuesta comisión del delito de violencia familiar o doméstica (fs. 88).

II.12. Por ficha de internación de 5 de septiembre de 2014, el efectivo policial, Cesario Ticona del Módulo Policial “6 de junio” (sic), interna a horas 20:00 a la menor AA, en la Defensoría de la Niñez y Adolescencia 24 horas, señalando que a horas 18:15, se presentaron en esa dependencia la progenitora de AA y su abogado para solicitar que se cite a Alvaro Roguer Monzon Rojas, con “orden de Citación de la Dra. Elizateb Betancourt T. (...) Fiscal de Materia de Cochabamba” (sic), y fue donde recuperó a su hija AA indicando que el padre no tenía la tenencia de la menor (fs. 81).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El representante alega la lesión del derecho a la libertad de AA y a la garantía del debido proceso, al considerar que, la menor de edad fue “secuestrada” de la casa de su progenitor por Paulina Apaza Quispe -madre-, junto a un funcionario policial en supuesto cumplimiento de una orden emitida por autoridad jurisdiccional de Cochabamba y conducida a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia 24 horas de El Alto, sin contar con orden expresa de autoridad competente.

Por consiguiente, corresponde dilucidar en revisión, si los hechos denunciados son evidentes y si corresponde otorgar o no, la tutela solicitada.

III.1. Sobre los principios ético morales de la sociedad plural y los valores que sustenta el Estado boliviano

En primer lugar cabe mencionar que la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, señala el horizonte en el que habrá de erigirse el nuevo Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, fundado en la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. En ese contexto esta dicho que la nueva institucionalidad del Estado Plurinacional debe superar con creces la estructura colonial y debe, sobre la base del esfuerzo individual y colectivo, en cada estructura organizacional y en todos los

órganos e instituciones del poder público, concretar un Estado como el proclamado, principalmente en el Órgano Judicial que a través de sus jurisdicciones y en la función judicial ejercida por sus autoridades en las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en la que los valores que sustenta el Estado como unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien, que señala el art. 8.II de la CPE.

Resulta necesario señalar que la Constitución Política del Estado, por otra parte, refiriéndose a la nueva institucionalidad del Estado Plurinacional, augura superar con creces la estructura colonial estableciendo que, de acuerdo con lo previsto en el art. 8.I la CPE, los principios ético morales de la sociedad plural que el Estado asume y promueve son: suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble), así como ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), estos últimos, mandatos de restricción que pudiendo ser de orden imperativo para cada individuo, en cada hogar de las bolivianas y bolivianos, es también esencia de un pensamiento colectivo enraizado en las naciones y pueblos que; sin embargo, de manera permanente se confronta con ciertos males como la corrupción que lastiman nuestras instituciones y sociedad, razón por la que el Estado encuentra como un elemento transformador de la sociedad la lucha contra la corrupción. Una inequívoca señal de esta voluntad está en la previsión del art. 123 de la CPE, que establece e instituye el principio de irretroactividad de la ley excepto en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución.

Se ha dicho y reiterado en la jurisprudencia constitucional, que conforme al mandato de los arts. 178 y 179 de la CPE, la justicia es única en tanto que la potestad de impartir la misma emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos, entre otros. En ese mismo orden, respecto a los principios procesales que rige la justicia ordinaria están, también entre otros, la verdad material y el debido proceso.

En torno a la administración de justicia, o dicho desde una perspectiva actual e inclusiva, respecto a impartir justicia no puede soslayarse el hecho que ésta sustentará las decisiones en el análisis e interpretación, no sólo limitada a la aplicación de formas y ritualismos establecidos en la norma sino como el hacer prevalecer principios y valores que permitan alcanzar una justicia cierta, accesible que este a lado del Estado y la población, con miras al vivir bien y rebatiendo los males que afecta a la sociedad como lo es la corrupción.

III.2. La importancia del derecho a la libertad personal y su protección a través de la acción de libertad

A partir de la promulgación de la Constitución Política del Estado en actual vigencia, Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que sustenta, entre otros valores, la dignidad y libertad de las personas, tal como establece el art. 8 de la CPE; de la misma forma, en su art. 22, expresamente establece que: “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables” y “Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”.

Si bien estos enunciados hacen referencia a la libertad, lo hacen en su acepción más general, como expresión normativa del valor libertad, lo cual supone, para cada individuo o colectividad, la

posibilidad de actuar de forma autónoma como partícipe en la sociedad sin injerencia alguna por parte de particulares y el propio Estado, en todos sus ámbitos posibles y, en general, exenta de todo tipo de restricciones, salvo las establecidas en el sistema normativo constitucional.

Dentro del sin número de libertades o derechos -según se vea- que la teoría o doctrina podría referir, o que la norma y la jurisprudencia constitucional han establecido, se encuentra la libertad personal, la misma que conforme precisa en el art. 23.I de la Ley Fundamental, refiere que “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal” y que esta libertad personal “sólo podrá ser restringida en los límites señalados por la ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica en la actuación de las instancias jurisdiccionales”, entonces, la libertad de la persona es aquél derecho fundamental y constitucional que no sólo debe ser respetado sino debe ser protegido por el Estado.

Por cierto, con la salvedad del art. 23.IV de la CPE, en el sentido que toda persona que sea encontrada en delito flagrante podrá ser aprehendida por cualquier otra persona, aun sin mandamiento, con el único objeto de que sea conducido ante autoridad competente; de conformidad al parágrafo III del señalado artículo: “Nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por la ley” y que “La ejecución del mandamiento requerirá que éste emane de autoridad competente y que sea emitido por escrito”.

Como podrá advertirse, la libertad física de las personas constituye uno de los derechos fundamentales más primarios, por cuanto la vigencia del mismo, es la garantía para el ejercicio y goce de los demás derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado, las normas del bloque de constitucionalidad y las leyes; así, el Constituyente consciente de la importancia del derecho objeto de análisis, estableció el mecanismo de defensa para la protección y tutela del mismo.

Es así que, la Constitución Política del Estado, en la Sección I, del Capítulo Segundo (Acciones de Defensa) del Título IV (Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa) de la Primera Parte (Bases fundamentales del Estado - Derechos, deberes y Garantías), ha instituido la acción de libertad, como instrumento sencillo para la protección de los derechos a la vida, la libertad física y de locomoción; así, el art. 125 de la CPE, establece que: “Toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de libertad personal, podrá interponer Acción de Libertad y acudir, de manera oral o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal, y solicitará que se guarde tutela a su vida, cese la persecución indebida, se restablezcan las formalidades legales o se restituya su derecho a la libertad”.

Entonces, la acción de libertad, es un mecanismo constitucional por el que la Norma Suprema del ordenamiento jurídico establece un procedimiento de protección inmediata tanto del derecho a la vida así como de aquellas situaciones en las que el derecho a la libertad física de las personas se encuentran lesionadas por causa de una ilegal persecución, indebido procesamiento o indebida privación de libertad; en este último caso, siempre que el ordenamiento jurídico ordinario no prevea un medio idóneo y expedito para reparar la lesión producida, pues, de existir dicho medio, deberá hacerse uso del mismo.

Es necesario hacer notar que, esta acción tutelar conforme al nuevo orden constitucional y en aras de su característica de generalidad, permite dirigirla no únicamente contra servidores públicos o autoridades, sino también contra personas particulares conforme lo establece nuestra Ley Fundamental, siguiendo la tendencia latinoamericana por no decir mundial, para una más amplia y completa protección del derecho a la libertad a través de este medio de defensa; por lo que a los

finde de considerar la demanda de acción de libertad, la jurisdicción constitucional, no reconoce ningún tipo de fueros ni privilegios a favor de personas o servidores públicos, lo cual permite que toda persona responsable de la vulneración de este derecho sea demandada a través de la presente acción de defensa y condenada a asumir las consecuencias de su accionar lesivo y contrario al orden constitucional vigente.

Por su parte, el Código Procesal Constitucional, tiene por objeto regular los procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, así como las acciones de defensa ante juezas, jueces y tribunales competentes. El referido Código, en su Disposición Final Tercera, establece que a partir de la entrada en vigencia del mismo, quedará derogada la parte segunda de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, relativa a los procedimientos constitucionales, vigencia establecida en su Disposición Transitoria Primera a partir del 6 de agosto de 2012.

El citado Código, en su Título II (Acciones de Defensa), Capítulo Segundo (Acción de libertad), en su art. 46, establece como objeto de esta acción tutelar el "...garantizar, proteger o tutelar los derechos a la vida, integridad física, libertad personal y libertad de circulación, de toda persona que crea estar indebida o ilegalmente perseguida, detenida, procesada, presa o que considere que su vida o integridad física está en peligro".

Para identificar los presupuestos de activación de la presente garantía jurisdiccional, se debe retomar el espíritu de la disposición citada precedentemente, de cuyo análisis, la jurisprudencia constitucional precisó que: "...la ingeniería dogmática de la acción de libertad está diseñada sobre la base de dos pilares esenciales, el primero referente a su naturaleza procesal y el segundo, compuesto por los presupuestos de activación. En cuanto al primer aspecto que configura el contenido esencial de esta garantía, es decir, su naturaleza procesal, se establece que se encuentra revestida o estructurada con una tramitación especial y sumarísima, reforzada por sus características de inmediatez en la protección, informalismo, generalidad e inmediatez; procede contra cualquier servidor público o persona particular, es decir, no reconoce fueros ni privilegios. Postulados que pueden ser inferidos de la norma constitucional antes referida.

Ahora bien, el segundo pilar que estructura el contenido esencial de esta garantía, se encuentra configurado por sus presupuestos de activación, que al amparo del art. 125 de la CPE, se resumen en cuatro: a) Atentados contra el derecho a la vida; b) Afectación de los derechos a la libertad física como a la libertad de locomoción; c) Acto y omisión que constituya procesamiento indebido; y, d) Acto u omisión que implique persecución indebida" (SCP 0037/2012 de 26 de marzo).

Siguiendo el entendimiento anterior, se debe resaltar el contenido de las normas del Código Procesal Constitucional, cuyo art. 47, establece: "La Acción de Libertad procede cuando cualquier persona crea que: 1. Su vida está en peligro; 2. Está ilegalmente perseguida; 3. Está indebidamente procesada; 4. Está indebidamente privada de libertad personal".

La jurisprudencia constitucional y las normas glosadas anteriormente, permiten concluir que, la acción de libertad es una garantía jurisdiccional esencial, que protege el bien jurídico primario como la vida y la libertad de locomoción vinculada a la libertad física y personal, teniendo bien establecidos los presupuesto en los cuales puede ser promovido, esto de modo que no exista un uso indiscriminado del mismo, al ser un medio de defensa extraordinario y sobre todo para que esté claro el alcance de su tutela.

III.3. Sobre el interés superior de la minoridad

La SCP 2208/2013 de 16 de diciembre, señaló que: "En el marco de los convenios y tratados

internacionales, que el Estado Plurinacional de Bolivia ha ratificado ante la Organización de las Naciones Unidas y que por ello forman parte del bloque de constitucionalidad reconocido por el art. 410.II de la CPE, está el Convenio Sobre los Derechos del Niño (Ley 1152 de 14 de mayo de 1990), instrumento legal internacional que establece en su art. 3: '1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño', asimismo con referencia a la relación de los hijos con los padres el mismo cuerpo normativo internacional prevé en su art. 9, que: '1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño'.

(...)

El reconocimiento de los derechos de la niñez, adolescencia y juventud, se encuentran en la Constitución Política del Estado, en una sección especial dentro el catálogo de derechos fundamentales, cual es la Sección V, del Capítulo Quinto, Título II de la Primera Parte, específicamente en los arts. 58 y 60, el primero hace mención a la identificación al grupo social que abarca el mismo, indicando que: 'Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones'; para establecer con esta base posteriormente, en el segundo artículo mencionado 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'" (las negrillas nos pertenecen).

Por su parte, el Código Niña, Niño y adolescente, es la norma especial destinada a reconocer, desarrollar y regular el ejercicio de los derechos de la niña, niño y adolescente; conforme al art. 5 de la norma referida, se considera: "...a) Niñez, desde la concepción hasta los doce (12) años cumplidos; y

b) Adolescencia, desde los doce (12) años hasta los dieciocho (18) años cumplidos".

Se establecen además una serie de principios, uno de ellos es el "Interés Superior. Por el cual se entiende toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en una situación concreta, se debe apreciar su opinión y de la madre, padre o ambos padres, guardadora o guardador, tutora o tutor; la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes; su condición específica como persona en desarrollo; la necesidad de equilibrio entre sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas" (Art. 12 inc. a) del CNNA).

Asimismo, el art. 9 del CNNA, dispone que: "Las normas de este Código deben interpretarse velando por el interés superior de la niña, niño y adolescente, de acuerdo con la Constitución Política del Estado y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, cuando éstos sean más favorables".

Por su parte la SCP 1157/2013 de 26 de julio, determinó que: “En tal sentido, la determinación del interés superior del menor debe efectuarse en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto, toda vez que: ‘...el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal’” (las negrillas son nuestras).

El garantizar con prioridad los intereses de las niñas, niños y adolescente, es un deber ineludible, preeminente y superior para los administradores de justicia y para las instancias encargadas de otorgar servicios para estos grupos etarios, sean públicas o privadas, todo en favor de su desarrollo físico, psicológico, moral y social; es decir, se funda básicamente en su desarrollo integral y en la dignidad de ser humano, cumpliendo así un papel regulador de la normativa de los derechos de la minoridad sobre los derechos de los demás.

III.4. De la acogida circunstancial de menores de edad

La SC 0735/2010-R de 26 de julio, estableció que: “...el acogimiento es una medida de protección de quien se encuentra desamparado e indefenso; en el caso de la niñez y adolescencia, dentro de la doctrina de la protección integral a la que se circunscribe el Código de la materia, el acogimiento se traduce en una medida de protección social emergente de la necesidad de cuidados especiales que éstos necesitan, al ser aplicable en defecto de la guarda, es de carácter excepcional y temporal...”.

Por su parte la SC 2368/2010-R de 19 noviembre, manifiesta que: “Por su naturaleza y en atención a que los sujetos de la medida de protección social del acogimiento son niños, niñas o adolescentes, a fin de garantizar la efectiva y real prevalencia del interés superior de éstos y que no se adopte de manera arbitraria, siempre debe estar sujeta a control jurisdiccional; así, la regla es que siempre se adopte por determinación judicial y solamente de manera excepcional, bajo ciertos supuestos y condiciones, sin ella.

Sin embargo, cuando por la emergencia se adopte -el acogimiento- sin que medie para ello orden del juez de la niñez y adolescencia, imprescindiblemente se deberá comunicar ese aspecto a dicha autoridad en el plazo de setenta y dos horas; conforme dispone el art. 187 del CNNA”.

Si bien la jurisprudencia desarrollada es aplicable, lo mencionado en el último párrafo en cuanto al plazo de comunicación a la autoridad jurisdiccional competente, cambia con la Código Niña, Niño y Adolescente, vigente desde el 6 de agosto de 2014, que en su art. 53 desarrolla lo referente al acogimiento circunstancial, determinando que es una medida excepcional y provisional, efectuada en situaciones de extrema urgencia o necesidad en favor de una niña, niño y adolescente, cuando no exista otro medio para la protección inmediata de sus derechos y garantías vulnerados o amenazados, señala además que es una obligación el comunicar sobre el mismo; por lo que, dispone en su art. 54, que:

“...II. La Defensoría de la Niñez y Adolescencia deberá poner en conocimiento de la autoridad judicial en materia de Niñez y Adolescencia o autoridad judicial de turno, el acogimiento circunstancial, dentro de las veinticuatro (24) horas de conocido el hecho...”.

En ese sentido, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia que conforme determina del art. 185 del

CNNA, es la “...instancia dependiente de los gobiernos municipales, que presta servicios públicos de defensa psico-socio-jurídica gratuitos, para garantizar a la niña, niño o adolescente la vigencia de sus derechos”. Es la que, por circunstancias y situaciones excepcionales, que comprometan la integridad física o moral de un menor o adolescente, o que por encontrarse amenazados o en peligro; acogen sin orden judicial, lo que es viable conforme lo referido por merecer una protección y cuidado urgente; pero con el presupuesto ineludible de poner en conocimiento y decisión de la Jueza o Juez Público en Materia de Niñez y Adolescencia, tal situación dentro las veinticuatro horas siguientes conforme prevé la ley, para que esta autoridad se pronuncie sobre el particular, siendo que el denominativo de “circunstancial” que se utiliza en la norma, hace notar que tiene la característica de haberse dado de forma imprevisible, eventual hasta accidentalmente por lo mismo debe ser momentáneo.

III.5. Análisis del caso concreto

De la documentación que informa los antecedentes del expediente, se tiene que Paulina Apaza Quispe y Álvaro Roguer Monzon Rojas, firmaron el 12 de marzo de 2013, acuerdo transaccional de guarda, tenencia y custodia de su hija menor de edad AA a favor del padre, el que cuenta con reconocimiento de firmas y rúbrica, ante Notario de Fe Pública de La Paz, mismo que fue objeto de demanda de homologación el 7 de marzo de 2014 (Conclusión II.5.) en la misma ciudad; también, cursa fotostáticas del proceso de restitución familiar seguida por la madre de AA contra del progenitor de la misma, ante la Jueza Primera de Partido de la Niñez y Adolescencia de Cochabamba, quien libró diferentes exhortos suplicatorios, el primero el 22 de mayo de 2014 (Conclusión II.7), el segundo el 9 de junio de citado año, disponiendo la notificación al Director de la FELCV y la Directora de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de El Alto, para que procedan al rescate de la menor AA (Conclusión II.8), al no poder ser posible su ejecución por no tener el mismo orden de allanamiento, se extendió el tercero, el 2 de septiembre de 2014, que textualmente señala: “CUALQUIER FUNCIONARIO HABIL Y NO IMPEDIDO DEL JUZGADO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CIUDAD DEL ALTO” (sic), proceda al rescate de la menor AA, indica además de forma expresa que dicha autoridad no tiene competencia para disponer allanamientos (Conclusión II.10.); igualmente, en fecha 2 de septiembre de 2014, Elizabeth Betancour Ticona, Fiscal de Materia de Cochabamba, expide citación para Álvaro Roguer Monzon Rojas -padre de AA-, para que preste su declaración informativa dentro el proceso que sigue el Ministerio Público a denuncia de la madre de AA, por la supuesta comisión del delito de violencia familiar.

Con estos antecedentes, el 5 de septiembre de 2014, la progenitora de AA se constituyó juntamente con su abogado en el Módulo Policial “6 de junio” para solicitar al efectivo Cesario Ticona -demandado- cite a Álvaro Roguer Monzon Rojas con orden de citación emitida por Elizateb Betancourt, Fiscal de Materia de Cochabamba (Conclusión II.12.), aunque en audiencia de la presente acción el mismo efectivo policial indicó que fueron a citar con exhorto suplicatorio. En casa de Álvaro Roguer Monzon Rojas, aprovechando que se encontraba ausente y al ser atendidos por la madre de éste, una persona mayor de edad y única que le colaboraba con el cuidado de la menor, la demandada ingresó con violencia y “secuestró” (sic.) a AA, quien se encontraba llorando y la sacó en brazos en las condiciones que estaba “desabrigada y asustada” (sic), para luego trasladarla en una radio patrulla 110 a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia 24 horas, todo a la vista del funcionario policial que no hizo nada ante lo ocurrido.

Una vez en la Defensoría, el progenitor de AA ante la negativa para poder ver a su hija, solicitó ver la orden judicial de retención de la menor; empero, solo contaban con una nota de internación firmada por el funcionario policial Cesario Ticona; por lo que, se optó por hablar con Rosario Maquel, responsable de la referida Defensoría de El Alto, la que indicó que no entregarían a la menor por ser un rescate reiterado en varias oportunidades.

De lo que se concluye que, Paulina Apaza Quispe, hizo entrar en error al efectivo policial y a la representante de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia -demandados-, por haber obtenido el 2 de septiembre de 2014 y por diferentes autoridades de Cochabamba (Jueza Primero de Partido de la Niñez y Adolescencia y Fiscal de Materia), dos distintas ordenes, una dentro un proceso de restitución familiar y otra dentro un proceso penal por la presunta comisión del delito de violencia familiar o doméstica, mismas que la autoridad policial ni municipal, tuvieron el cuidado de revisar y percatarse de lo que realmente ordenaba cada una de ellas, el primero en la ejecución y la segunda a momento de acoger a la menor de edad.

El efectivo policial, no adecuó su actuación a las normas legales previstas por ley, en lo referente al desempeño de sus funciones, más cuando se trataba de una menor de edad, pasó por alto que el exhorto suplicatorio que ordenaba el rescate de la menor AA, estaba dirigido su cumplimiento específicamente a cualquier funcionario hábil y no impedido del Juzgado de la Niñez y Adolescencia de El Alto; por lo que, debió el referido ingresar por distribución de causas del Tribunal Departamental de Justicia, para que en conocimiento del Juez Público de la Niñez y Adolescencia, se ordenara su ejecución; asimismo, permitió que la progenitora de AA, ingrese con violencia a un domicilio particular sin contar con una orden de allanamiento y sustrajera del mismo a la menor de edad AA, quien además se encontraba con una situación confusa de guarda, al afirmar Paulina Apaza Quispe que el padre no tenía su guarda, ante tal circunstancia, el efectivo policial debió actuar buscando preferentemente la protección de la menor, en aras de su interés superior y bienestar físico y psicológico, en consecuencia, se ha acreditado que este codemandado ha vulnerado el derecho a la libertad de la accionante.

Conforme se señaló en el Fundamento Jurídico III.4 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, si bien se acogió circunstancialmente a la menor AA, en la Defensoría de la Niñez y Adolescencia 24 horas, correspondía poner en conocimiento de la autoridad judicial en materia de Niñez y Adolescencia o autoridad judicial de turno, el acogimiento de la misma, dentro de las veinticuatro horas de conocido el hecho, para que sea esa autoridad quien disponga la situación de ésta, lo que no se hizo, puesto que la niña ingresó en esas dependencias a horas 20:00 del 5 de septiembre de 2014 hasta el 7 del citado mes y año a horas 10:00, fecha en que se realizó la audiencia de la presente acción, lo que denota incumplimiento del art. 54, parágrafo II del CNNA, que establece que debe ser dentro las veinticuatro horas de conocido el hecho; es decir, en cualquier momento dentro las veinticuatro horas y no así al término del mismo. Consiguientemente, no actuaron conforme a ley, pese a ser la instancia administrativa que vela por la protección y cumplimiento de los derechos del menor; el retraso u omisión de poner en conocimiento la medida de protección que se ha asumido en favor AA, constituye una actitud indiferente que provocó la postergación de la definición de su situación.

En consecuencia, se lesionó el derecho a la libertad de una menor de edad, que cuenta con la protección especial del Código Niña, Niño y Adolescente y que es asistida en su desarrollo personal por el principio de interés superior del menor; por lo que, este Tribunal Constitucional Plurinacional debe respetar los mandatos constitucionales así como los convenios y tratados internacionales sobre el tema.

Por último, con referencia al efectivo policial, Agustín Huanca Mamani, es evidente que éste demandado carece de legitimación pasiva, por no existir la coincidencia necesaria entre quien aparentemente lesionó los derechos de la accionante, y contra aquella persona que se dirige la presente acción, y solo se lo incluyó por ser el Comandante del Módulo donde trabaja el efecto policial Cesario Ticona.

En consecuencia, el Juez de garantías al haber concedido la tutela impetrada, ha obrado parcialmente.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Primera Especializada; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado y el art. 44.1 del Código Procesal Constitucional; en revisión, resuelve: CONFIRMAR en parte la Resolución 327/2014 de 7 de septiembre, cursante de fs. 97 a 99, pronunciada por el Juez Cuarto de Instrucción en lo Penal y Liquidador de El Alto; y, en consecuencia CONCEDER la tutela solicitada en cuanto a Rosario Maquel, Responsable de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia 24 horas y Cesario Ticona, efectivo policial; en los mismos términos que el Juez de garantías; y, DENEGAR en cuanto al codemandado Agustín Huanca Mamani.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.

Fdo. Tata Efren Choque Capuma
MAGISTRADO

Fdo. Dr. Macario Lahor Cortez Chavez
MAGISTRADO