



SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1083/2019-S4

Sucre, 18 de diciembre de 2019

SALA CUARTA ESPECIALIZADA

Magistrado Relator: René Yván Espada Navía

Acción de amparo constitucional

Expediente: 25155-2018-51-AAC

Departamento: Cochabamba

En revisión la Resolución 05/18 de 13 de agosto de 2018, cursante de fs. 174 a 180, pronunciada dentro de la **acción de amparo constitucional** interpuesta por **David Fernando Orellana Rodríguez** y **Ernesto Ustariz Ruiz**, en representación legal de **Eliene Silva de Oliveira** contra **Silvia Clara Zurita Aguilar** y **Elisa Sánchez Mamani**; y, **Jimy Rudy Siles Melgar**, actuales y ex **Vocales de la Sala Mixta Civil, Familiar, Niñez y Adolescencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba**, respectivamente.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la demanda

Por memoriales presentados el 23 de julio de 2018, cursantes de fs. 131 a 142 vta.; y, de subsanación el 30 del mismo mes y año (fs. 152 y vta.), la accionante a través de sus representantes legales, expuso los siguientes argumentos de hecho y derecho:

I.1.1. Hechos que motivan la acción

El 2006, vino a la ciudad de Cochabamba desde la República Federativa de Brasil, con el fin de iniciar sus estudios de medicina; el 31 de marzo de 2007, contrajo matrimonio con Sergio Mauricio Avilés Sarmiento –hoy tercero interesado–, fruto del cual nacieron sus tres hijos menores de edad.

En diciembre de 2015, por motivos de trabajo, retornó a su país de origen, juntamente a su esposo y sus hijos, estableciendo residencia en el estado de Sao Paulo de Brasil, pero después de convivir por más de un año en dicho país, su persona y el ahora tercero interesado de manera amigable pusieron fin a su relación matrimonial; por lo que, Sergio Mauricio Avilés Sarmiento retornó a Bolivia, acordando que los hijos quedarían bajo la guarda y tutela de la madre y que los menores solamente vendrían a este país, en las vacaciones de medio y fin de año.

Bajo ese acuerdo, el tercero interesado volvió a Brasil en diciembre de 2017 y recogió a los menores, tramitando un permiso para los hijos con el fin de que realicen un viaje a Bolivia desde el 9 del mes y año antes señalado, hasta el 25 de enero de 2018, fecha en la que los menores debían retornar al Brasil para continuar con sus estudios escolares; sin embargo, incumplió dicho acuerdo y contrariamente a través de la red social WhatsApp, le remitió una demanda de divorcio y solicitud de guarda, interpuesta el 10 del mencionado mes y año.

Ahora bien, dentro del proceso de divorcio, por Auto de 9 de febrero 2018, el Juez Público de Familia Décimo Tercero del departamento de Cochabamba, en base al interés superior de los niños en el goce de sus derechos y garantías, resolvió otorgar la guarda provisional de los tres menores de edad a favor de su persona, dejando claramente establecido que los hijos que se encontraban en Bolivia desde el mes de diciembre de 2017, tenían habitabilidad y habitualidad en la República Federativa del Brasil. Por otra parte, mediante Acta de Consulta al menor de 8 de febrero de 2018, la “Psicóloga-ITDPS”, recomendó que debía buscarse el interés superior de los menores de edad, otorgándoles un lugar donde se puedan desarrollar bajo el cuidado, interés moral y material de éstos, que en este caso resultaba ser el lugar donde venían residiendo de manera habitual; es decir, al estado de Sao Paulo del referido país.

Contra el Auto de 9 de febrero de 2018, el 19 del señalado mes y año, el tercero interesado, interpuso recurso de reposición bajo alternativa de apelación, solicitando lo siguiente: La revocatoria del Auto mencionado; dejar sin efecto la guarda provisional dispuesta en su favor como demandada; y, se realice un correcto análisis psicológico-social a todo el entorno social, a través de un equipo técnico especializado, en función del art. 36.I del Código de Familias y del Proceso Familiar –Ley 603 de 19 de noviembre de 2014–, observándose que en ninguna parte del recurso de reposición mencionado, pidió se le otorgue la guarda de los menores, sino simplemente se cumpla con un supuesto procedimiento para otorgar la misma, y menos solicitó aspecto alguno sobre la educación de los menores, puesto que lo mencionado ya fue resuelto.

El recurso de reposición bajo alternativa de apelación, fue resuelto por el Juez a quo, mediante el Auto de 1 de marzo de 2018, por el cual, ratificó el Auto de 9 de febrero del mismo año y concedió la apelación en el efecto devolutivo, disponiendo se realicen las valoraciones psicosociales a los menores de edad por parte del Servicio Departamental de Gestión Social (SEDEGES), sugiriendo cuál de los padres era el más apto para hacerse cargo del cuidado y protección de los menores, cuya guarda se impetraba, bajo el precepto de que tal instituto era de carácter provisional.

Una vez remitida la apelación ante el Tribunal superior, el Juez a quo, emitió el Auto de 9 de abril de igual año; por el cual, autorizó la educación a distancia de los menores, entre tanto retornaran a su lugar de residencia (estado de Sao Paulo de Brasil), fallo que no fue objeto de apelación por el tercero interesado y tampoco fue puesto a conocimiento del Tribunal de alzada, circunstancia que implicó que la situación sobre la educación de los menores fue resuelta por el Juez de origen, no pudiendo ser valorada ni considerada por el superior en grado, para fundamentar ninguna decisión al respecto; sin embargo, a pesar de los antecedentes del proceso puestos en conocimiento de los Vocales de la Sala Mixta Civil, Familiar, Niñez y Adolescencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, ahora demandados, éstos, pronunciaron el arbitrario e ilegal Auto de Vista 51/2018 de 28 de mayo, por el que revocaron el Auto de 9 de febrero del mismo año, realizando una valoración selectiva de los hechos y fundamentos expuestos en el Auto apelado y pasando por alto las normas sustantivas y adjetivas, dispusieron en su parte resolutive, que el Juez a quo previo a emitir la resolución pertinente, ordene la realización de estudios biopsicosociales de los hijos, progenitores y del entorno familiar, además dispuso que mientras se elaboren dichos informes, se proceda a la inscripción de los tres menores en alguna Unidad Educativa de la ciudad de Cochabamba; determinaciones por las cuales las autoridades ahora demandadas actuaron de manera *ultrapetita*, –más allá de lo pedido– sin ninguna fundamentación objetiva, congruencia y motivación alguna, para fundar su ilegal decisión, haciendo una equivocada alusión al art. 212.II de la Ley 603.

I.1.2. Derechos y garantías supuestamente vulnerados

La accionante, a través de sus representantes legales, denunció la lesión de sus derechos al debido proceso en sus elementos de fundamentación, motivación, congruencia y defensa y al principio de seguridad jurídica; citando al efecto los arts. 109, 115.II, 117.I, 119, 120 y 122 de la Constitución Política del Estado (CPE).

I.1.3. Petitorio

Solicitó se conceda la tutela, disponiendo lo siguiente: **a)** La nulidad del Auto de Vista 51/2018, y se emita una nueva resolución debidamente fundamentada y motivada, que se circunscriba única y exclusivamente sobre los aspectos solicitados por Sergio Mauricio Avilés Sarmiento en el recurso de reposición bajo alternativa de apelación; **b)** Se mantenga vigente e incólume el Auto de 9 de febrero de 2018, debiendo el hoy tercero interesado entregar de forma inmediata a los menores a su persona; y, **c)** Se ordene al Juzgado Público de Familia Décimo Tercero del departamento de Cochabamba, la nulidad de todos los actos, providencias, resoluciones y órdenes, que hubieran surgido como producto y consecuencia de la emisión del indicado Auto de Vista, en específico la providencia “cúmplase” de 19 de junio de dicho año y el decreto de 3 de julio del mismo año.

I.2. Audiencia y Resolución del Juez de garantías

Celebrada la audiencia pública, el 13 de agosto de 2018, según consta en el acta cursante de fs. 172 a 173 vta., presente la impetrante de tutela asistidos por sus abogados y el tercero interesado, ausentes las autoridades demandadas, se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación y ampliación de la acción

La solicitante de tutela, a través de su abogado en audiencia, ratificó en su integridad la acción tutelar interpuesta y ampliándola señaló que: **1)** La parte contraria presentó un recurso de reposición bajo alternativa de apelación muy escueto, por el cual el tercero interesado solicitó "...se deje sin efecto la guarda provisional otorgada en favor del contrario, pidiendo además que antes de tomar dicha determinación se realice un abordaje y un correcto análisis psicosocial a todo el entorno familiar a través de un equipo especializado..." (sic); y, **2)** El Tribunal de alzada emitió el Auto de Vista ahora impugnado, extendiendo sus facultades más allá de lo pedido, porque no solo revocaron el Auto del Juez a quo, sino que también otorgaron la guarda de los niños, favoreciendo a la parte adversa, lo que se constituyó en un acto flagrante al haber resuelto de manera *ultrapetita*, vulnerando de forma directa la garantía del debido proceso.

I.2.2. Informe de las autoridades demandadas

Silvia Clara Zurita Aguilar, Vocal de la Sala Mixta Civil, Familiar, Niñez y Adolescencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, mediante informe escrito presentado el 13 de agosto de 2018, cursante de fs. 167 a 168, manifestó que: **i)** La mencionada Resolución, fue dictada conforme a derecho y con la debida fundamentación, lo que pretende la ahora accionante es revisar, regularizar o anular actuaciones procesales, equiparando la acción de amparo constitucional al recurso de casación, situación que no es posible conforme lo expresó la SC 0660/2010 de 19 de julio; **ii)** Si bien la impetrante de tutela realizó una relación extensa y detallada de los hechos suscitados, no llegó a explicar de qué manera la labor interpretativa impugnada resulta arbitraria, incongruente, absurda, ilógica o con error evidente, tampoco identificó de forma clara y precisa si las autoridades demandadas omitieron cumplir con las reglas de interpretación admitidas por el derecho y en qué forma esa interpretación y aplicación lesionó sus derechos y garantías constitucionales, lo que impide al Tribunal de garantías constitucionales, ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada; y, **iii)** Las cuestiones referentes a la guarda de los menores siempre son susceptibles a modificaciones; por lo tanto, la determinación asumida en el Auto de Vista ahora cuestionado, no determinó otorgar la guarda de los hijos a uno u otro progenitor, como se afirmó erróneamente en la acción de amparo constitucional; sino, simplemente determinó la realización de informes psicosociales a fin de contar con una opinión técnica que coadyuve, como otro elemento más, en la decisión a asumirse al respecto, ello en estricto resguardo del interés superior de hijos de la hoy solicitante de tutela.

Elisa Sánchez Mamani, Vocal de la Sala Mixta Civil, Familiar, Niñez y Adolescencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, por informe escrito de 10 de agosto de 2018, cursante de fs. 164 a 165, refirió que no intervino en la revisión, análisis y resolución de la apelación interpuesta dentro del proceso familiar de referencia; por consiguiente, mal pudo ser demandada a través de la presente acción de amparo constitucional, al no haber tenido responsabilidad en la emisión del Auto de Vista 51/2018, careciendo en consecuencia de legitimación pasiva.

Jimmy Rudy Siles Melgar, ex Vocal de la Sala Mixta Civil, Familiar, Niñez y Adolescencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, no presentó informe escrito alguno, así como tampoco se hizo presente en la audiencia de consideración de acción de amparo constitucional señalada, pese a su legal notificación, cursante a fs. 158.

I.2.3. Intervención del Tercero interesado

Sergio Mauricio Avilés Sarmiento, mediante memorial de 13 de agosto de 2018, cursante de fs. 169 a 171, señaló que: **a)** Para que el Tribunal de garantías pueda abrir su competencia y tutela, es imprescindible que aquella parte que pretende la misma, exprese de manera clara, precisa y concreta, de qué manera la interpretación resulta irrazonable, ya sea por contener motivación insuficiente, arbitraria, incongruente, absurda o ilógica, identificando en el caso concreto, cuáles son las reglas de interpretación omitidas en la jurisdicción ordinaria; es decir, estableciendo la relación de causalidad entre el hecho que sirve de fundamento y la lesión causada al derecho o garantía, lo cual no fue cumplido en el presente caso; **b)** En el problema concreto, la accionante señaló repetidamente los mismos argumentos y no expresó que reglas de interpretación a su criterio debían ser aplicados por los ahora demandados y tampoco estableció la relación de causalidad entre el hecho que sirve de fundamento y la lesión causada al derecho o garantía al haberse revocado el Auto de 9 de febrero de 2018; y, **c)** Lo mencionado anteriormente, hace que no se pueda ingresarse al fondo de la acción de amparo constitucional interpuesta, por no estar abierta la jurisdicción constitucional, motivos por los cuales debe denegarse la tutela.

I.2.4. Resolución

El Juez Público Civil y Comercial Décimo Segundo del departamento de Cochabamba, constituido en Juez de garantías, mediante Resolución 05/18 de 13 de agosto de 2018, cursante de fs. 174 a 180, **denegó** la tutela solicitada; bajo los siguientes fundamentos: **1)** La Resolución pronunciada en segunda instancia no es ampulosa, no contiene sobrecarga de consideraciones y citas legales, cumpliendo con ello, el debido proceso en sus elementos de fundamentación y motivación; **2)** Los Vocales demandados, respaldaron su Resolución en cuanto a la guarda temporal en el interés superior de los niños, aspecto establecido en la Constitución Política del Estado, así como en los Tratados y Convenios Internacionales; asimismo, la inscripción de los menores en el sistema educativo en Cochabamba, fue respaldado en la Norma Suprema; **3)** Para determinar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar la opinión de la madre y del padre, la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes, su condición específica como persona en desarrollo y los derechos de las demás personas; **4)** En ese sentido, el Auto de Vista impugnado, está debidamente motivado y fundamentado ya que realizó la cita de normas que sustentan la parte dispositiva del mismo; por lo que, no resulta evidente que se trate de una Resolución que hubiera vulnerado el debido proceso; **5)** En cuanto a que dicho fallo, hubiese sido *ultrapetita*, no resulta ser evidente; toda vez que, la medida asumida por el Tribunal de alzada fue razonable en beneficio del desarrollo integral de los niños y no dejarles legalmente desprotegidos; y, **6)** Respecto a la situación educativa de los menores, la misma fue resuelta por el Juez a quo por Auto de 9 de abril de 2018, Resolución que tiene la autoridad de cosa juzgada; motivo por el cual, corresponde al tercero interesado respetar y cumplir dicha decisión, independientemente de la asumida por los Vocales demandados, ello con el fin de velar su desarrollo integral y que no se vean perjudicados, de darse el caso de que nuevamente el Juez de la causa otorgue a la madre la guarda y los menores retornen a la República Federal de Brasil.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional Plurinacional

Por Decreto Constitucional Plurinacional de 12 de marzo de 2019, cursante a fs. 185, se dispuso la suspensión de plazo en el presente expediente a objeto de recabar documentación complementaria; reanudándose el mismo a partir del día siguiente de la notificación con el Decreto Constitucional 4 de diciembre de 2019 (fs. 206); por lo que, la presente Sentencia Constitucional Plurinacional es pronunciada dentro del término legal.

II. CONCLUSIONES

De la revisión y compulsas de los antecedentes que cursan en obrados, se establece lo siguiente:

II.1. Dentro de la demanda de divorcio interpuesta por Sergio Mauricio Avilés Sarmiento –hoy tercero interesado– contra Eliene Silva de Olivera –ahora accionante–, el Juez Público de Familia Décimo Tercero del departamento de Cochabamba, por Auto de 9 de febrero de 2018, otorgó la guarda provisional de los tres menores de edad a favor de la demandada y progenitora, determinando además, el régimen de visitas a favor del demandante durante las vacaciones escolares de fin de año, previa coordinación con la progenitora (fs. 119 a 120 vta.).

II.2. Por memorial presentado el 19 de febrero de igual año, el hoy tercero interesado, interpuso recurso de reposición bajo alternativa de apelación, contra el Auto de 9 del mismo mes y año, solicitando su revocatoria y por consiguiente se deje sin efecto la guarda provisional otorgada en favor de la demandada, alegando los siguientes agravios: **i)** Sus tres hijos, nacieron y vivieron en Bolivia por varios años; por lo que, los términos de habitualidad y/o habitabilidad no eran entendibles y resultaban completamente errados; **ii)** El art. 36 la Ley 603, establece que “Las y los hijos menores de edad tienen el derecho de expresar su opinión libremente, en todos los asuntos que les afecten”, determinación concordante con el art. 122.I del Código Niña, Niño y Adolescente (CNNA); sin embargo, a pesar de haber sido mencionada dicha normativa, la misma no fue aplicada de forma correcta, lo que se constituyó en un error, que debe ser enmendado; **iii)** La presencia de la funcionaria del SEDEGES, en la audiencia de consulta al menor, con el fin de resguardar los derechos y garantías de sus hijos, solo fue por una hora; por lo que, no estaba facultada a emitir criterio, dirimir, ni realizar recomendaciones sensibles, como la guarda de los menores, pues el mismo debió ser efectuado por un equipo técnico especializado, en función del art. 31.I de la Ley 603; en consecuencia, el Juez a quo, no debió basar su fallo en una simple opinión o recomendación; **iv)** El art. 216 del mismo cuerpo normativo, determina que la madre o el padre que no obtuvo la guarda, tiene el derecho y el deber de visita; sin embargo, de manera errada el Auto de 9 de febrero de 2018, autorizó para que los menores de edad salgan del país, limitando su derecho a verlos únicamente en las vacaciones de fin de año, vulnerando de esa manera, no solo sus derechos y garantías, sino también las de sus hijos; y, **v)** Al haberse emitido de manera contradictoria el mencionado Auto, sin considerar todos los antecedentes y la voluntad de sus hijos, no se respetó su derecho a la libertad de expresión, desconociendo y vulnerando los arts. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); y, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), olvidando que el Estado debe garantizar el acceso, obtención, recepción, difusión y emisión de opiniones por parte de niñas, niños o adolescentes, debiendo además otorgar la debida protección legal para asegurar el respecto de sus derechos, lo que no aconteció en el presente caso (fs. 189 a 194).

II.3. Por Auto de 1 de marzo de 2018, el Juez Público de Familia Décimo Tercero de departamento de Cochabamba, en revisión, confirmó el Auto de 9 de febrero de 2018 y concedió la apelación solicitada, ordenando su remisión al superior en grado (fs. 122 a 123).

II.4. En función a una solicitud de modificación de derecho de visitas impetrada por Sergio Mauricio Avilés Sarmiento, por Auto de 9 de abril de 2018, el Juez de la causa, modificó el régimen de visita del padre a los días lunes, miércoles y viernes en horas de la tarde; asimismo, rechazó el pedido de inscribir y la solicitud de asistencia de los menores a la Unidad Educativa la Edad de Oro de Cochabamba, al no estar inscritos de manera oficial en la Sistema de Educación de Bolivia y ratificó la educación a larga distancia en el Unidad Educativa Palandi (Sao Paulo), efectuada por la progenitora, donde actualmente se encuentran matriculados (fs. 124 a 125).

II.5. Mediante Auto de Vista 51/2018 de 28 de mayo, la Sala Mixta Civil, Familiar, Niñez y Adolescencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, constituida en Tribunal de apelación, revocó el Auto de 9 de febrero de 2018, disponiendo lo siguiente: **a)** El Juez a quo previo a emitir la Resolución pertinente, disponga la realización de estudios biopsicosociales de los menores, los progenitores y el entorno familiar, y en base a esos elementos de convicción, pronuncie el fallo que corresponda debidamente fundamentada y motivada; y, **b)** Hasta la elaboración de dichos informes, velando por el interés superior de los hijos y el derecho constitucional de la educación que tiene el progenitor, quedará con la guarda temporal, entre tanto se emitan los informes referidos y el fallo correspondiente; por lo que, se debe proceder a la inscripción de los tres hijos en alguna Unidad Educativa de Cochabamba a la brevedad posible, a efectos de que los mismos no se perjudiquen en sus estudios (fs. 117 a 118 vta.).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La accionante, a través de sus representantes legales, alegó la lesión de sus derechos al debido proceso en sus elementos de fundamentación, motivación, congruencia y defensa y al principio de seguridad jurídica; por cuanto, los Vocales ahora demandados, de manera arbitraria e ilegal, emitieron el Auto de Vista 51/2018, por el cual: **a)** Revocaron la guarda provisional de sus hijos menores de edad, que fue concedido en su favor mediante el Auto de 9 de febrero de 2018, determinando que la misma sea otorgada Sergio Mauricio Avilés Sarmiento –hoy tercero interesado–; sin embargo, no explicaron de manera objetiva y fundamentada, las razones por las cuales se debía modificar la guarda de los menores; **b)** Ordenaron que los hijos menores de edad sean inscritos en una Unidad Educativa de Cochabamba, desconociendo lo dispuesto por el Auto de 9 de abril de 2018, que ya había resuelto respecto a la educación de los menores de edad, encontrándose el mismo ejecutoriada con calidad de cosa juzgada; y, **c)** En tal sentido, la actuación de los autoridades hoy demandadas, fue *ultrapetita*, al haber resuelto problemáticas que no fueron puestas a su conocimiento y competencia a través del recurso de reposición con alternativa de apelación interpuesta por el ahora tercero interesado.

Consecuentemente, corresponde analizar, en revisión, si los argumentos son evidentes a fin de conceder o denegar la tutela solicitada.

III.1. Las normas del bloque de constitucionalidad en torno a la niñez, sus derechos y el instituto de la guarda

La SCP 0038/2017-S3 de 17 de febrero, señaló que: *“La SC 0165/2010-R de 17 de mayo, concluyó que: ‘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 respeto, 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).

(...)

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'.

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'.

En ese mismo orden, la SCP 1879/2012 de 12 de octubre, sostuvo que: 'En cuanto a instrumentos internacionales, se tiene la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959, que en su art. 2, determina que los niños gozarán de una: «...protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño». El art. 24.I del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), establece el: «...derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado». En igual sentido se encuentran otros instrumentos internacionales que otorgan protección especial a los niños, niñas y adolescentes, tal el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

Glosada la normativa constitucional e internacional que demuestra el máximo interés que la legislación ha otorgado a los menores de edad, en prevalencia de sus derechos fundamentales, compele referirse a la jurisprudencia sentada por otros tribunales de justicia constitucional; tal es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, que en relación al interés superior del que gozan, a través de su Sentencia T-973/11 de 15 de diciembre de 2011 -entre otros fallos emitidos al respecto-, expresó: «...Bajo la concepción de que los niños, por su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, y por ser quienes representan el futuro de los pueblos, necesitan protección y cuidados especiales, los Estados y en general la comunidad internacional, los han proclamado como sujetos de especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado, centrado su atención en el propósito de garantizarles un tratamiento preferencial y asegurarles un proceso de formación y desarrollo en condiciones óptimas y adecuadas, acorde al rol de gran trascendencia que están llamados a cumplir en la sociedad.

6.2. Ese especial interés en proporcionarle a los menores un tratamiento preferencial, que implica adoptar „una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucran“, encuentra particular sustento en los distintos instrumentos o convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia...».

El fallo citado continúa estableciendo que: «...El denominado 'interés superior' es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado 'menos que los

demás' y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

'Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la [psicología], la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales 12 condiciones de indefensión-, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes'».

*Más adelante, señaló que el interés superior del menor es un principio que se caracteriza, esencialmente, por ser: «..., 1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) **la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor**».*

6.10. A partir del reconocimiento explícito de un catálogo de derechos en favor de todos los niños y niñas, tanto en el orden jurídico interno como internacional, es posible afirmar que el interés superior del niño consiste en la plena satisfacción de sus derechos. El contenido de este principio son los propios derechos del menor, razón por la cual, puede decirse que interés y derechos, en este caso, se identifican plenamente'.

(...)

*De todo lo relacionado se concluye que, los niños, niñas y adolescentes son un grupo de vulnerabilidad que tienen amparo privilegiado por parte del Estado, traducido en un tratamiento jurídico proteccionista en relación a sus derechos fundamentales y garantías constitucionales; a objeto de resguardarlos de manera especial garantizando su desarrollo físico, mental, moral, espiritual, emocional y social en condiciones de libertad, respeto, dignidad, equidad y justicia. Siendo imprescindible resaltar que tal circunstancia de prevalencia concedida sólo por consagración constitucional sino por expreso reconocimiento de diversas disposiciones de derecho internacional, **obliga a que todas las decisiones que deban tomar las autoridades en conocimiento de situaciones que puedan afectar los intereses del niño, sean asumidas velando por su interés superior; cumpliendo de esa manera la protección constitucional a la que están compelidos en su favor la familia, la sociedad y el Estado**” (las negrillas y el subrayado son del texto original).*

III.2. Sobre la medida provisional de guarda dispuesta en el proceso de divorcio

Al respecto, la SCP 0038/2018-S4 de 12 de marzo, desarrolló lo siguiente: “Conforme a las normas previstas por el art. 57 del CNNA, ‘I.- La guarda es una institución jurídica que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a la niña, niño o adolescente con carácter provisional. Es otorgada mediante Resolución Judicial a la madre o al padre, en casos de divorcio o separación de las uniones conyugales libres, o a terceras personas sin afectar la autoridad materna o paterna.

II.- La guarda confiera a la guardadora o guardador el deber de precautelar los intereses de la niña, niño o adolescente frente a terceras personas, inclusive a la madre, al padre o ambos, así como también a tramitar la asistencia familiar’.

También el art. 58 de la misma norma establece que: ‘a. por desvinculación familiar, de acuerdo a lo previsto por la normativa en materia de familia; y b. La guarda otorgada por la Jueza o Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia, a la persona que no tiene tuición legal sobre la niña, niño adolescente, sujeta a lo dispuesto en este Código’.

En ese sentido, la guarda es una institución destinada a cuidar, proteger, atender y asistir integralmente al menor; se encuentra regida por los principios de interés superior, de autonomía progresiva, de unidad familiar y de respeto a las opiniones del niño; tiene carácter provisional y se otorga 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; de ello, se infiere que la resolución que dispuso la guarda de los hijos puede ser modificada cuando el interés superior del niño así lo requiera, entendiéndose que dicha revisión deberá ser realizada necesariamente por la autoridad judicial pertinente, a través de los mecanismos que tanto el Código del Niño Niña y Adolescente como el Código de las Familias y del proceso familiar establecen, sin que pueda asumirse acciones de hecho invocando el principio de interés superior del niño y la supuesta voluntad de los menores, pues estos aspectos deben ser analizados por el juzgador para determinarla (SC 0165/2010-R de 17 de mayo).

A ello, se debe agregar lo dispuesto por el art. 271.I del Código de las Familias y del Proceso Familiar, el cual dispone lo siguiente: ‘Las medidas provisionales tienen por finalidad resguardar los derechos de la familia, sus integrantes y en particular los derechos de personas en situación de vulnerabilidad, ante la disputa o controversia familiar, disminuyendo los efectos negativos emergentes. Son de carácter conservatorio y temporal’, **pues si bien las decisiones sobre medidas provisionales, no son susceptibles de impugnación; sin embargo, por imperio de lo previsto por el art. 272 del mismo cuerpo legal, quien considere que la medida no esté cumpliendo su finalidad, podrá solicitar su modificación, a lo cual, la autoridad judicial determinará las medidas adecuadas al derecho e interés que se pretende proteger, cuidando que sean indispensables**” (las negrillas nos corresponden).

III.3. De los fundamentos y motivación de las resoluciones como elemento del debido proceso

La jurisprudencia constitucional, estableció que la fundamentación y motivación que realice un juez o tribunal ordinario a tiempo de emitir una resolución, debe exponer con claridad los motivos

que sustentaron su decisión; en ese sentido, la SCP 0450/2012 de 29 de junio, ratificando lo señalado en la SC 0863/2007-R de 12 de diciembre, entre otras, expresó que: “...la garantía del debido proceso, comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió.

Al contrario, cuando aquella motivación no existe y se emite únicamente la conclusión a la que ha arribado el juzgador, son razonables las dudas del justiciable en sentido de que los hechos no fueron juzgados conforme a los principios y valores supremos, vale decir, no se le convence que ha actuado con apego a la justicia, por lo mismo se le abren los canales que la Ley Fundamental le otorga para que en búsqueda de la justicia, acuda a este Tribunal como contralor de la misma, a fin de que dentro del proceso se observen sus derechos y garantías fundamentales, y así pueda obtener una resolución que ordene la restitución de dichos derechos y garantías, entre los cuales, se encuentra la garantía del debido proceso, que faculta a todo justiciable a exigir del órgano jurisdiccional a cargo del juzgamiento una resolución debidamente fundamentada, así se ha entendido en varios fallos de este Tribunal, entre ellos, la SC 0752/2002-R, de 25 de junio, que ampliando el entendimiento de la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre señaló lo siguiente: «(...) el derecho al debido proceso, entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión».

Finalmente, cabe señalar que la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el Juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas. En sentido contrario, cuando la resolución aún siendo extensa no traduce las razones o motivos por los cuales se toma una decisión, dichas normas se tendrán por vulneradas....

La jurisprudencia señaló que el debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales, jurisdiccionales y administrativas, y constituye una garantía de legalidad procesal prevista por el constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales o administrativas. Abarca un conjunto de derechos y garantías mínimas que garantizan el diseño de los procedimientos judiciales y administrativos, entre sus elementos se encuentra la fundamentación y motivación de las resoluciones, a las que toda autoridad a cargo de un proceso está obligada a cumplir, no solamente a efectos de resolver el caso sometido a su conocimiento, sino exponiendo de manera suficiente, las razones que llevaron a tomar cierta decisión, así como las disposiciones legales

que sustentan la misma, es decir, debe llevar al convencimiento que se hizo justicia, tanto a las partes, abogados, acusadores y defensores, así como a la opinión pública en general; de lo contrario, no sólo se suprimiría una parte estructural de la resolución sino impediría que las partes del proceso conozcan los motivos que llevaron a dicha autoridad a asumir una determinación, lo que no implica que dicha motivación contenga una exposición ampulosa y sobrecargada de consideraciones y citas legales, basta con que ésta sea concisa pero clara y satisfaga todos los aspectos demandados...”.

III.4. El principio de congruencia en las resoluciones de alzada

La SCP 2541/2012 de 21 de diciembre, manifestó que: *“A primera impresión concebiríamos que congruencia es la razón lógica y coherente existente entre dos o más supuestos o sujetos concretos; sin embargo, al adherirla a un proceso se nos hace difícil adecuarla y muchos empezamos por preguntarnos, entre cuáles o quiénes debe existir tal correspondencia, 7 entonces surgen las pretensiones de encontrar respuesta a tal cuestión y es allí cuando empezamos a indagar dentro de la doctrina, con referencia al proceso sobre dicho principio. **Este principio está referido a la concordancia existente entre el pedimento planteado por las partes y la decisión que de tal pedido desprende el juez o tribunal; quedando entendido que los mismos no puede modificar el petitório ni los hechos planteados en la demanda. Es decir, debe existir una adecuación ‘entre la pretensión u objeto del proceso y la decisión judicial’, en ese sentido, la SC 0840/2012 de 20 de agosto citando la SC 2016/2010- R de 9 de noviembre, emitida por el extinto Tribunal Constitucional, estableció la siguiente línea jurisprudencial: ‘En el nuevo modelo constitucional, el debido proceso está disciplinado por los arts. 115.II y 117.I como derecho y garantía jurisdiccional a la vez; asimismo, es reconocido como derecho humano por los arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo núcleo esencial ya fue desarrollado por este Tribunal mediante las SSCC 1674/2003-R, 0119/2003-R, 1276/2001-R y 0418/2000-R, entre muchas otras, entendiéndolo como «...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; comprende la potestad de ser escuchado presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo (derecho a la defensa) y la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. 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».***

«Lo expuesto precedentemente, implica que la concreción material de este derecho comprende el respeto del conjunto de requisitos que deben ineludiblemente observarse en las instancias y grados procesales, con la finalidad primordial de que las personas tengan la posibilidad de defenderse de forma idónea ante cualquier tipo de acto o actos emanados del Estado y sus distintos órganos que puedan afectar aquellos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado y los instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad».

Entonces, la importancia del debido proceso, a decir de la SC 0281/2010-R de 7 de junio, «...está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por 8 autoridad alguna, pues

dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes».

“En ese sentido la citada Sentencia precisó que el derecho al debido proceso no solamente es exigible dentro de los procesos judiciales, sino que también abarcan a los procesos administrativos, jurisprudencia que no contradice los principios constitucionales; y que por lo tanto, es compatible con la Constitución vigente; y que, además ha sido reiterada recientemente en la jurisprudencia de la presente gestión, específicamente en la SC 0014/2010-R de 12 de abril, establece lo siguiente: «...la Constitución Política del Estado en consideración a la naturaleza y los elementos constitutivos del debido proceso como instituto jurídico y mecanismo de protección de los derechos fundamentales, lo consagra como un principio, un derecho y una garantía, lo que implica que la naturaleza del debido proceso está reconocida por la misma Constitución en su triple dimensión: como derecho fundamental de los justiciables, como un principio procesal y como una garantía de la administración de justicia».

*En este contexto, debe señalarse que uno de los elementos del debido proceso es la congruencia en virtud de la cual la autoridad jurisdiccional o administrativa, en su fallo, debe asegurar la estricta correspondencia entre lo peticionado y probado por las partes; en ese contexto, es imperante además precisar que la vulneración al debido proceso en su elemento congruencia puede derivar de dos causales concretas a saber: a) Por incongruencia omisiva, en virtud de la cual, la autoridad jurisdiccional o administrativa emite una resolución sin considerar las pretensiones de las partes, vulnerando con esta omisión el 13 derecho a un debido proceso y también el derecho a la defensa; y, b) **por incongruencia aditiva, en virtud de la cual, la autoridad jurisdiccional o administrativa, falla adicionando o incorporando elementos no peticionados o no discutidos por las partes en el decurso de la causa ...**” (el resaltado nos pertenece).*

III.5. Análisis del caso concreto

En el caso de autos y de acuerdo a la revisión de los antecedentes que cursan en el expediente, se evidencia que dentro del proceso de divorcio interpuesto por Sergio Mauricio Avilés Sarmiento –ahora tercero interesado– contra Eliene Silva de Olivera –hoy accionante–, ante las solicitudes de guarda y asistencia familiar efectuadas por ambos progenitores, el Juez Público de Familia Décimo Tercero del departamento de Cochabamba, por Auto de 9 de febrero de 2018, resolvió otorgar la guarda provisional de los tres menores a favor de la progenitora, determinando además, el régimen de visitas a favor de Sergio Mauricio Avilés Sarmiento, durante las vacaciones escolares de medio y fin de año, previa coordinación con la progenitora, lo que dio lugar a que el demandante por memorial de 19 de febrero de 2018, formule recurso de reposición bajo alternativa de apelación, solicitando la revocatoria del Auto mencionado y se deje sin efecto la guarda provisional otorgada a la demandada.

El recurso interpuesto, ya en fase de apelación, fue resuelto por los Vocales de la Sala Mixta Civil, Familiar, Niñez y Adolescencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba –hoy demandados–, quienes mediante el Auto de Vista 51/2018, revocaron el Auto de 9 de febrero de 2018, disponiendo que el Juez a quo previo a emitir la resolución del recurso de reposición bajo alternativa de apelación, disponga la realización de estudios biopsicosociales de los menores de edad; y, en base a esos elementos de convicción pronuncie la resolución que corresponda

debidamente fundamentada y motivada; asimismo, dispuso que hasta tanto se elaboren dichos informes, velando por el interés superior de los menores y del derecho constitucional de la educación que tienen, el progenitor quedaría con la guarda temporal, ordenando además que se proceda con la inscripción de los tres hijos menores en alguna Unidad Educativa de Cochabamba a la brevedad posible; determinaciones que la impetrante de tutela considera lesivas del debido proceso en sus elementos de motivación, fundamentación, congruencia y defensa, por cuanto los Vocales ahora demandados, no fundamentaron ni explicaron de manera objetiva y razonada, los motivos por los cuales se modificó la guarda provisional de los hijos; asimismo, de forma *ultrapetita*, resolvieron problemáticas que no fueron puestas a su conocimiento y competencia a través del recurso de reposición con alternativa de apelación, ya que al haber resuelto sobre la educación de los menores de edad, desconocieron lo dispuesto por el Auto de 9 de abril del mismo año, que determinó al respecto.

Conocida la problemática expuesta por la parte accionante y que la misma radica en el hecho de que las autoridades demandadas hubiesen actuado resolviendo cuestiones ajenas que no fueron objeto de reclamo en el recurso de reposición bajo alternativa de apelación interpuesto por el tercero interesado, emitiendo a la postre el Auto de Vista 51/2018, por el cual sin el correspondiente fundamento y motivación, revocaron la guarda provisional que estaba dispuesta en favor de la accionante, es necesario realizar un análisis de los argumentos del recurso de reposición bajo alternativa de apelación interpuesto por el tercero interesado, contra el Auto de 9 de febrero de 2018.

Así, dicho recurso, señaló que: **i)** El Juez a quo, no tomó en cuenta que los tres hijos, nacieron y vivieron en Bolivia por varios años, por lo que los términos de habitualidad y/o habitabilidad no eran entendibles y resultaban completamente errados; **ii)** No se aplicó de forma correcta el art. 36 de la Ley 603, que establece que “Las y los hijos menores de edad tienen el derecho de expresar su opinión libremente, en todos los asuntos que les afecten”; **iii)** La presencia de la funcionaria del SEDEGES en la audiencia de consulta al menor, con el fin de resguardar los derechos y garantías de sus hijos, solo fue por una hora; por lo que, no estaba facultada a emitir criterio, dirimir, ni realizar recomendaciones sensibles, como la guarda de los menores, pues el mismo debió ser efectuado por un equipo técnico especializado, en función del art. 31.I de la norma referida; en consecuencia, el Juez a quo, no debió basar su fallo en una simple opinión o recomendación; **iv)** El art. 216 de la citada norma, determina que la madre o el padre que no obtuvo la guarda, tiene el derecho y el deber de visita; sin embargo, de manera errada el Auto de 9 de febrero de 2018, autorizó para que los menores de edad salgan del país, limitando su derecho a verlos únicamente en las vacaciones de fin de año, vulnerando de esa manera, no solo sus derechos y garantías, sino también la de sus hijos; y, **v)** Al haberse emitido de manera contradictoria el mencionado Auto, sin considerar todos los antecedentes y la voluntad de sus hijos, no se respetó su derecho a la libertad de expresión, desconociendo y vulnerando los arts. 6 de la DUDH; y, 13 de la CADH, olvidando que el Estado debe garantizar el acceso, obtención, recepción, difusión y emisión de opiniones por parte de niñas, niños o adolescentes, debiendo además otorgar la debida protección legal para asegurar el respecto de sus derechos, lo que no aconteció en el presente caso; por último en su petitorio, el tercer interesado, solicitó que se revoque la guarda provisional dispuesta en favor de la madre progenitora, debiendo antes de tomar dicha determinación, ordenar que se realice un abordaje y correcto análisis psicológico social a todo el entorno familiar, a través de un equipo técnico especializado, en aplicación del art. 36.I de la Ley 603.

Ahora bien, en mérito a los argumentos y puntos de agravio expuestos en el recurso de reposición bajo alternativa de apelación interpuesto por Sergio Mauricio Avilés Sarmiento, emergió el Auto de Vista ahora impugnado por la impetrante de tutela, por el cual se dispuso la revocatoria de la guarda provisional dispuesta en su favor; en ese sentido, con carácter previo, es necesario mencionar que de acuerdo al Fundamento Jurídico III.1 de la presente Sentencia Constitucional

Plurinacional, el instituto de la guarda tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente con carácter provisional, la cual 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; asimismo, dentro de ese marco, la misma jurisprudencia ha establecido que las autoridades tanto judiciales como administrativas tienen el deber y obligación de actuar de manera diligente y cuidado al momento de emitir sus decisiones en asuntos en los que se encuentren involucrados los intereses de un menor de edad, en el que deben velar principalmente por su interés superior; en esa línea, la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia T-397/04 de 29 de abril de 2004, precisó que “...*las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cual es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas instituciones tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección, deberes que obligan a los jueces y funcionarios mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos...*” (las negrillas nos corresponden), en función a dichos entendimientos, en el caso concreto, se puede evidenciar que los Vocales hoy demandados al momento de emitir el Auto de Vista 51/2018, por el cual revocaron la guarda provisional dispuesta en favor de la madre (ahora accionante), por el Juez a quo, mediante el Auto de 9 de febrero de dicho año, se limitaron a realizar una simple cita de los artículos del Código de las Familias y del Proceso Familiar y la Convención sobre los Derechos del Niño, sin realizar la correspondiente subsunción y análisis al caso concreto; puesto que, no explicaron de manera fundamentada ni motivada cuáles fueron las razones por las que debía revocarse la guarda conferida a la progenitora, pues, si bien el instituto de la guarda tiene un carácter provisional, que puede ser modificado por la autoridad judicial correspondiente cuando el interés superior del niño lo requiere; sin embargo, su revisión debe ser realizada a través de los mecanismos establecidos tanto en el Código Niña, Niño y Adolescente como en el Código de las Familias y del Proceso Familiar (Fundamento Jurídico III.2), sin que puedan asumirse acciones de hecho invocando el principio de interés superior del niño y la supuesta voluntad de los menores, como ocurrió en el presente caso a través del Auto de Vista ahora observado por la parte accionante, ya que como se señaló anteriormente, se limitó a realizar una transcripción de los argumentos de agravio reclamados en el recurso de reposición, arguyendo la falta de los estudios biopsicosociales del entorno familiar, sin explicar de manera fundamentada y motivada las razones por las cuales consideraba que la parte a la que en principio se le otorgó la guarda provisional no ofrecía mayores garantías para el cuidado de los hijos menores de edad, según lo establecido por el art. 212.II de la Ley 603; circunstancia que implica la vulneración del derecho al debido proceso en sus elementos de fundamentación y motivación de las resoluciones, que toda autoridad a cargo de un proceso está obligada a cumplir, no solo a efectos de resolver el caso sometido a su conocimiento, sino exponiendo de manera suficiente, las razones que llevaron a tomar cierta decisión, así como las disposiciones legales que sustentan la misma, conforme lo establecido el Fundamento Jurídico III.3 del presente fallo constitucional.

Por otra parte, la impetrante de tutela, denunció que las autoridades demandadas no solamente incurrieron en falta de fundamentación y motivación de su fallo, sino que también actuaron de forma *ultrapetita*, al haber dispuesto en su parte dispositiva que los menores de edad sean inscritos en una Unidad Educativa de Cochabamba, circunstancia que en ninguna parte del recurso de reposición bajo alternativa de apelación fue solicitado por el ahora tercer interesado; en ese orden, ingresando nuevamente a la revisión del recurso interpuesto por Sergio Mauricio Avilés Sarmiento, se puede evidenciar que su petitorio estuvo limitado simplemente a pedir se deje sin efecto la guarda provisional dispuesta en favor de la contraria, mientras se realizara un abordaje y un correcto análisis psicológico social a todo el entorno familiar a través de un equipo técnico especializado, sin hacer mención ni solicitud alguna respecto a la educación de los menores; en tal sentido, se concluye que, evidentemente las autoridades demandadas respecto a este punto

incurrieron en incongruencia aditiva, la cual de acuerdo al Fundamento Jurídico III.4 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, se configura cuando una autoridad jurisdiccional o administrativa, falla adicionando o incorporando elementos no peticionados o no discutidos por las partes en el decurso de la causa; en el caso concreto, se debe aclarar que la situación respecto a la educación de los menores de edad ya había sido prevista, considerada y resuelta por el Juez a quo, a través del Auto de 9 de Abril de 2018 (Conclusión II.4), por el cual, dispuso que los hijos menores de edad debían continuar su educación a larga distancia en la Unidad Educativa Palandi (Sao Paulo), donde actualmente se encuentran matriculados, fallo que al no haber sido objeto de apelación por la parte contraria, adquirió la calidad de cosa juzgada y que por lo tanto, no podía ser sujeta a una modificación por parte de los Vocales de la Sala Mixta Civil, Familiar, Niñez y Adolescencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, quienes con dicha actuación, evidentemente provocaron que el Auto de Vista 51/2018, que emitieron se constituya en una Resolución incongruente, al haber introducido y resuelto elementos que no fueron solicitados, lo que conlleva que en el caso sujeto a análisis, se conceda la tutela impetrada.

Por consiguiente, el Juez de garantías, al haber **denegado** la tutela solicitada, no obró correctamente.

Por tanto

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Cuarta Especializada; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado y el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; en revisión, resuelve: **REVOCAR** la Resolución 05/18 de 13 de agosto de 2018, cursante de fs. 174 a 180, pronunciada por el Juez Público Civil y Comercial Décimo Segundo del departamento de Cochabamba; y, en consecuencia; **CONCEDER** la tutela solicitada, **disponiendo** dejar sin efecto el Auto de Vista 51/2018 de 28 de mayo, debiendo los Vocales de la Sala Mixta Civil, Familiar, Niñez y Adolescencia del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, emitir una nueva resolución conforme a los fundamentos expuestos en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, sea dentro del plazo de cuarenta y ocho horas a partir de su notificación con este fallo constitucional.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.

René Yván Espada Navía

Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano

MAGISTRADO

MAGISTRADO