



CENADOJ

CENTRO NACIONAL DE ANÁLISIS
Y DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

REVISTA
JURÍDICA
DEL
ORGANISMO
JUDICIAL

2018 - 2019



REVISTA JURÍDICA DEL ORGANISMO JUDICIAL 2018-2019

Fallos relevantes dictados por las Salas de la Corte de Apelaciones y Tribunales Colegiados de igual categoría del uno de julio 2018 al treinta de junio 2019.

Guatemala. Organismo Judicial. Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial CENADOJ
Revista Jurídica del Organismo Judicial 2018-2019 : fallos relevantes dictados por las Salas de la Corte de Apelaciones y Tribunales Colegiados de igual categoría, del uno de julio 2018 al treinta de junio 2019.
Guatemala : Organismo Judicial, 2021.
iii, 174 páginas ; 28 cm.
D.L. OJ 175-2021

1. JURISPRUDENCIA - SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - 2018-2019 - GUATEMALA 2. JURISPRUDENCIA -SALA SEGUNDA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE - 2018-2019 - GUATEMALA 3. JURISPRUDENCIA – SALA CUARTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE -2018-2019 - GUATEMALA 4. JURISPRUDENCIA – SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES – JALAPA 5. DERECHO DE FAMILIA - GUATEMALA 6. INSTRUMENTOS LEGALES – JUSTICIA CONSTITUCIONAL – GUATEMALA 7. PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL – GUATEMALA I. Título.

Signatura Topográfica Local:

OJ PS
GT Rev.JOJ
No.15, Año 15
Nva.Ep. Marzo 2021



CENADOJ
CENTRO NACIONAL DE ANÁLISIS
Y DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

REVISTA JURÍDICA DEL ORGANISMO JUDICIAL 2018-2019

Una publicación a cargo del
Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial
(CENADOJ)

Año 15 (Nueva Época), No. 15 Marzo 2021

Dirección para correspondencia y canje:
Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial
Bulevar Los Próceres 18-29, zona 10 Torre I. Centro de Justicia Laboral, 8vo. nivel
Guatemala, GUATEMALA, C.A.

Sitio Web: www.oj.gob.gt/cenadoj Correo Electrónico: cenadoj@oj.gob.gt

Derechos reservados:
© Organismo Judicial de Guatemala

Publicado en Guatemala, 2021

CONTENIDO

JURISPRUDENCIA

SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

85-2017 02/07/2018 Procuraduría General de la Nación.....	1
163-2017 13/07/2020 Heidy Guadalupe Hernández López.....	5
65-2018 20/07/2018 Karina Marisol Luarca Obregón.....	18
1404-2017 24/07/2018 Nanci Evelina Jacinto	21
232-2018 10/08/2018 Byron Oziel Juárez Navarro	25
60-2018 21/08/2018 Evelyn Roxana Morales Sánchez de Solís	28
518-2017 23/08/2018 Mauricio Farfán Donis, Guillermo Alberto Rosales Pérez, Jennifer Andrea Flores Guerra de Herrera y Honatán Guillermo Herrera Cadena	36
27-2018 24/08/2018 Sandy Geraldine Villaseñor Cáceres.....	44
1213-2016 31/08/2018 Roberto Rosales y Lesvia Jeannette de Paz Aguilar	47
165-2015 04/09/2018 Pamela Sue Halouvas	51
651-2017 13/09/2018 Laura Edith Castellanos Alonzo	60
603-2016 21/09/2018 Gloria Olinda Vásquez Valdez	64
248-2018 28/09/2018 David Fernando Chanquín Yoc	67
160-2018 28/09/2018 Mónica Ivonne Abdo Marina.....	70
94-2018 26/10/2018 Dina Amparo Figueroa Mazariegos.....	74
85-2018 26/10/2018 David Elijah Reichard y Débora Faith Reichard	76
298-2018 14/11/2018 Luis Miguel Silva Monroy	85

**SALA SEGUNDA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL,
NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE**

59-2017 10/10/2018 Juan Pablo Morales Mijangos
y Jerson Oswaldo Cruz López..... 87

147-2017 17/10/2018 Brandon Geovanny Hernández Cruz
y Richar Alexander Hernández Cruz..... 90

**SALA CUARTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL,
NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE**

16-2018 11/07/2018 José Cristóbal Pivaral Gutiérrez..... 94

52-2018 23/07/2018 Ministerio Público..... 99

25-2018 23/07/2018 José Eduardo Carías Ávila..... 104

282-2018 29/10/2018 Luis Diego André Méndez Sal 106

259-2018 08/11/2018 Ministerio Público..... 110

501-2016 10/04/2019 Héctor Geovani Siquibache Cruz 113

SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES DE JALAPA

259-2018 29/01/2019 Orlando Raúl López Salguero..... 116

257-2018 29/01/2019 Orlando Raúl López Salguero..... 119

220-2018 29/01/2019 Fabian Aníbal Guerra Santos 123

219-2018 31/01/2019 Ministerio Público..... 128

ARTÍCULOS SOBRE TEMAS JURÍDICOS

Derechos de las Personas en la Familia

Rosa Mariella Josabeth Rivera Acevedo 133

Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión

Claudette Domínguez Guerrero 143

Análisis del Principio de Interpretación en el Derecho Procesal Constitucional

Claudette Domínguez Guerrero..... 157

JURISPRUDENCIA

SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

02/07/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA -
AMPARO -
85-2017

01015-2017-00085 Of. 5°. Not. 2. SALA DE LA
CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ
Y ADOLESCENCIA CONSTITUIDA EN
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AMPARO.
Guatemala, dos de julio de dos mil dieciocho.

I.- Se tiene por recibida la certificación que antecede
procedente de la Corte de Constitucionalidad, con
número de registro interno mil quince guión dos
mil dieciocho guión trescientos noventa y dos,
agréguese a sus antecedentes y cúmplase con lo
ordenado; **II.-** Se tiene a la vista para resolver la
Acción Constitucional de Amparo individualizada
en el acápite;

I) ANTECEDENTES:

a) INTERPOSICIÓN Y AUTORIDAD RECLAMADA: La presente Acción Constitucional de Amparo,
fue interpuesta por la Procuraduría General de la
Nación a través del Abogado Juan Alberto Jiménez
Marroquín, en representación del Estado de Guatemala
por delegación de la señora Procuradora General
de la Nación, contra del Juez Sexto de Primera
Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitano
del departamento de Guatemala.

b) TERCEROS INTERESADOS: **a)** Procuraduría
de los Derechos Humanos; **b)** Fiscalía de Asuntos
Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal
del Ministerio Público; **c)** Hogar Luz de Fátima; **d)**
Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la
República de Guatemala; **e)** Reyna Jannethe Flores
Rosales; **f)** Karla Siomara Castillo Somoza; **g)** Daniel
Arnoldo Monroy Flores.

c) ACTO RECLAMADO: Manifiesta el amparista
que el acto reclamado lo constituye: "... la resolución
de fecha veinte de febrero de dos mil diecisiete,
dictada por la autoridad impugnada, dentro del
Recurso de Revocatoria, número E guión cero un mil
ciento setenta y cuatro guión dos mil dieciséis guión
mil cuatrocientos setenta y dos (01174-2016-01472),
que se planteó dentro de la Solicitud de Medidas de

Protección identificadas con el mismo número de
causa y que conoce el mismo juzgado, mediante la
cual se resolvió: "(...) I) SIN LUGAR EL RECURSO
DE REVOCATORIA planteado por la abogada Sara
Ivonne Jerez Gómez en la calidad con que actúa, en
contra de la resolución de fecha catorce de diciembre
de dos mil dieciséis, por lo antes considerado..." ..."

**d) USO DE PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS
CONTRA EL ACTO RECLAMADO:** manifiesta
la amparista que "... En virtud de haber proferido
la resolución de fecha veinte de febrero de dos mil
diecisiete por la autoridad impugnada, se cumplió
con el principio de definitividad, enunciado como
presupuesto procesal de obligado cumplimiento,
en el artículo 19 de la Ley de Amparo, Exhibición
Personal y de Constitucionalidad, previo a pedir
amparo en los asuntos judiciales, en virtud que
no existe otro medio por el cual enmendar las
violaciones cometidas..."

e) CASOS DE PROCEDENCIA: Lo dispuesto en el
artículo 10 incisos a), b), d), y h) de la Ley de Amparo,
Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

**f) LEYES QUE EL INTERPONENTE DENUNCIA
COMO VIOLADAS:** los artículos 2, 12, 14, 28, 29,
44, 46, 51, 129 y 130 de la Constitución Política de la
República de Guatemala.

**g) REMISION DE ANTECEDENTES POR
PARTE DE LA AUTORIDAD IMPUGNADA:**
El veintinueve de junio de dos mil diecisiete se
recibe el antecedente e informe circunstanciado
del expediente identificado con el número cero mil
ciento setenta y cuatro guión dos mil dieciséis guión
mil cuatrocientos setenta y dos (01174-2016-01472)
procedentes del Juzgado de Primera Instancia
de la Niñez y Adolescencia del departamento de
Guatemala, los cuales sirven de antecedente a la
presente acción constitucional, en virtud de lo cual
se dicta resolución de la misma fecha de recepción de
antecedentes y no se otorga el amparo provisional,
ya que las circunstancias del caso no lo ameritan
y no se dan lo supuestos contenidos en el artículo
28 de la Ley de Amparo, exhibición Personal y de
Constitucionalidad, dejando certificado en autos el
acto reclamado y las actuaciones que tengan relación
con el mismo y se devuelve el expediente de Primera
instancia a su Juzgado de origen el cuatro de julio
del corriente año .

II) TRÁMITE DEL AMPARO:

a) PRIMERA RESOLUCIÓN: El veintiuno de
junio de dos mil diecisiete, esta sala constituida en

Tribunal Constitucional de Amparo resuelve entre otras cosas dar por recibidas las actuaciones, se forma el expediente respectivo y previo a continuar con el procedimiento, se ordena al postulante que cumpla con la subsanación de ciertos requisitos, posteriormente el veintitrés de junio de dos mil diecisiete se tiene por cumplido con el previo impuesto y se oficia a la autoridad recurrida para que dentro del perentorio plazo de cuarenta y ocho horas, remita a este Tribunal el expediente número cero mil ciento setenta y cuatro guión dos mil dieciséis guión mil cuatrocientos setenta y dos (01174-2016-01472), así como informe circunstanciado sobre los hechos que motivaron la presente acción de amparo.

b) PRIMERA AUDIENCIA:

Al evacuar la primera audiencia, conferida a las partes y terceros interesados, por el término de cuarenta y ocho horas, los mismos se pronunciaron de la siguiente forma:

- **Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público**, a través de la Agente Fiscal Abogada Jeidy Patricia Esteban Lopez de Escobar, presentó su pronunciamiento y solicitó que se agregue a su antecedentes el presente memorial y documento adjunto; se reconozca la personería con que actúa la infrascrita abogada; que se tenga como lugar para recibir notificaciones el indicado; que se tome nota que la infrascrita abogada actuara bajo su propia dirección y procuración; que se tenga por evacuada la audiencia conferida y se abra a prueba el amparo planteado por el improrrogable término de ocho días.

- **Procuraduría de los Derechos Humanos**, a través del Procurador de los Derechos Humanos, Abogado Jorge Eduardo de León Duque, presentó su pronunciamiento y solicitó que se incorpore a sus antecedentes el presente memorial; se reconozca la calidad con que actúa; se tome nota del lugar señalado para recibir notificaciones; así como de la postulación indicada; se tenga por evacuada en tiempo la audiencia conferida; se abra a prueba el amparo por el término legal.

- **Procuraduría General de la Nación**, a través del Abogado Juan Alberto Jiménez Marroquín, en la calidad con que actúa, presentó su pronunciamiento y solicitó que se admita para su trámite el presente escrito y se agregue a sus antecedentes; que se tome nota que actúa en la dirección y procuración propuesta; oportunamente se abra a prueba el amparo por el plazo de ley; se tenga por evacuada

la audiencia conferida; que se tenga por interpuesto por parte del Estado de Guatemala, a través de la Procuraduría General de la Nación, Recurso de Apelación; que se declare con lugar la acción de amparo interpuesta y que se notifique a las partes.

- **La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, a través de la Secretaria de Bienestar Social**, Licenciada en Pedagogía y Administración Educativa, Cándida Estela Rabanales de Granados, presentó su pronunciamiento y solicitó que se admita para su trámite la presente acción constitucional de amparo; se reconozca la calidad con que actúa con base a la documentación que acompaña; se tome nota del auxilio, dirección y procuración de los abogados propuestos y del lugar señalado para recibir notificaciones y que podrán actuar de manera conjunta, separada o indistintamente; se declare sin lugar la acción constitucional de amparo, en virtud de que no concurren los presupuestos establecidos en el artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

- **Los demás sujetos procesales**, no evacuaron la audiencia conferida.

c) PERIODO DE PRUEBA Y DESCRIPCIÓN DE LAS PRUEBAS APORTADAS:

- **La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, a través de la Secretaria de Bienestar Social**, Licenciada en Pedagogía y Administración Educativa, Cándida Estela Rabanales de Granados:

a) **todos y cada uno de los medios de prueba ofrecidos y aportados por las partes dentro de la presente acción constitucional de Amparo y que obran en autos.**

b) **Presunciones Legales y Humanas que de los hechos probados se deriven.**

- **Los demás sujetos procesales**, no evacuaron la audiencia conferida.

d) SEGUNDA AUDIENCIA:

Al evacuar la segunda audiencia, conferida a las partes y terceros interesados, por el término de cuarenta y ocho horas, los mismos se pronunciaron de la siguiente forma:

- **La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, a través de la Secretaria de Bienestar Social**, Licenciada en Pedagogía y Administración

Educativa, Cándida Estela Rabanales de Granados, presentó su argumentación final y solicitó lo siguiente: que se tenga por presentado el presente memorial y se agregue a sus antecedentes; que se tenga por evacuada la audiencia conferida.

- Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibiciones Personales del Ministerio Público, a través de la Agente Fiscal Abogada Jeidy Patricia Esteban López de Escobar, presentó su argumentación final y solicitó lo siguiente: agregar a los antecedentes el presente memorial; que en la forma expuesta se tenga por evacuada la segunda audiencia que fuera conferida y que al dictar sentencia se deniegue la protección constitucional de amparo solicitada; se emitan las restantes declaraciones que en derecho correspondan.

- Procuraduría General de la Nación, a través del Abogado Juan Alberto Jiménez Marroquín, en la calidad con que actúa, presentó su argumentación final y solicitó lo siguiente: que se admita para su trámite el presente escrito y se agregue a sus antecedentes; con lo expuesto, se tenga por evacuada la audiencia conferida; que al momento de dictar sentencia correspondiente se declare con lugar la acción de amparo interpuesta y en consecuencia se revoque la resolución que constituye el acto reclamado en la presente acción y se declare que no se procedente ordenar que se certifique lo conducente de las presentes actuaciones al Ministerio Público, en contra de los profesionales de la Procuraduría General de la Nación, por haberse tomado la decisión de abrigar al niño (...) el dieciséis de noviembre de dos mil dieciséis; declarando con lugar el Recurso de Revocatoria, planteado y en consecuencia, que en contra de los profesionales de la Procuraduría General de la Nación, no se certifique lo conducente al ente investigador y se hagan las demás declaraciones que en derecho corresponde y que se notifique a las partes.-

- Los demás sujetos procesales, no evacuaron la audiencia conferida.

CONSIDERANDO I

El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o los reestablece en el goce de los mismos cuando la violación se ha consumado. Procede siempre que las leyes, disposiciones, resoluciones o actos de autoridad lleven implícito amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. El derecho de defensa es una garantía

fundamental conforme a lo cual no puede privarse a los particulares de derecho alguno, sin antes citarlos, oírlos y vencerlos en proceso legal y preestablecido.

La Acción Constitucional de Amparo, ha surgido de la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución y el fiel cumplimiento de sus preceptos por la autoridad correspondiente y que su espíritu es ser una garantía en contra de la arbitrariedad de los sujetos pasivos del amparo, es decir, que esta acción constitucional tiene por fin proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido, no obstante ello, el Amparo se encuentra sujeto a determinados presupuestos o requisitos de carácter eminentemente procesal, cuya observancia o cumplimiento debe ser ineludible y primordial en la petición que se presente; con el objeto de posibilitar el conocimiento de fondo de dicha protección constitucional.

CONSIDERANDO II

El amparista manifestó que el motivo para solicitar el amparo es el siguiente: "... de que se restaure los derechos transgredidos en la resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria, de fecha veinte de febrero del año dos mil diecisiete, y como consecuencia se le ordene al Honorable Juzgado impugnado que revoque la resolución de fecha catorce de diciembre del dos mil dieciséis... por medio de la cual se ordenó certificar al ente investigador el presente caso contra los profesionales de la Procuraduría General de la Nación, ello debido a que la misma produce efectos nefastos, ya que al denegar el recurso de revocatoria planteado, permite que en el fondo del asunto sometido a su conocimiento no tenga mayor fundamento ni razonamiento legal, resolución que se emitió utilizando un criterio erróneo, y que dicho sea, la misma resolución se decretó de oficio al no haber una petición en concreto con respecto a ese tema..."; y argumento que del análisis de las consideraciones emitidas por la autoridad impugnada en cuanto al acto reclamado lo siguiente: "... en el presente caso la autoridad impugnada ha variado las formas del proceso, especialmente al haber resuelto de oficio sin que haya una petición en concreto que se le haya formulado para decretar certificar lo conducente al ente investigador para determinar la posible responsabilidad contra el personal de la P.G.N. (sic) y no está de más indicar que no hay claridad a que personal se refiere, no especifica a nadie, ni tampoco se menciona que tipo de responsabilidad supuestamente se podría incurrir por parte del personal mencionado, ni tampoco se menciona en

aquella resolución reiteradamente mencionada cual podría ser la falta cometida; si al final lo único que realizó el personal de la P.G.N. (sic) fue resguardar y proteger al menor en mención de cualquier tipo de violencia que él pudo haber sufrido, y que dicho sea de paso afortunadamente no sufrió ningún tipo de maltrato, esto por la sabia decisión del personal de la P.G.N. (sic) de establecer que el menor no quedara en aquella fría noche del dieciséis de noviembre del año dos mil dieciséis, en poder de los progenitores... lo que pretendo es dejar claro la función de la Procuraduría es coordinar con las diferentes instituciones para que prevalezca el interés superior del niño, y no directamente con el resguardo de los menores, por lo que es completamente violatoria la resolución de fecha veinte de febrero del dos mil diecisiete, ya que no permite que mi representado pueda ejercer su labor de forma eficiente, así como se les está violando su derecho de defensa contra una resolución contraria a derecho y carente de toda lógica jurídica...”

CONSIDERANDO III

Del análisis de lo actuado en la presente acción constitucional de amparo, del expediente que sirve de antecedente y de lo manifestado por los sujetos procesales este Tribunal establece lo siguiente:

El artículo 104 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece las atribuciones de la Procuraduría General de la Nación y del Ministerio Público, siendo las siguientes: “... a) Representar legalmente a aquellos niños, niñas y adolescentes que carecieren de ella. b) Dirigir, de oficio o a requerimiento de parte o del Juez competente, la investigación de los casos de niños, niñas y adolescentes amenazados o violados en sus derechos; interviniendo de forma activa en los procesos judiciales de protección. Para el efecto, deberá tener, como mínimo, un Procurador de la Niñez y Adolescencia, en la jurisdicción de cada Juzgado de la Niñez y Adolescencia. c) Presentar la denuncia, ante el Ministerio Público, de los casos de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de delito y que carezcan de representante legal, apersonándose en el proceso penal para la defensa de los intereses de éstos. d) Evacuar audiencias y emitir opinión jurídica en todos los procesos judiciales, notariales y administrativos que la ley señala, haciendo valer los derechos y garantías que la Constitución Política, tratados y convenios internacionales, aceptados y ratificados por Guatemala, y esta Ley, reconocen a la niñez y adolescencia. Corresponderá al Ministerio Público, a

través de la fiscalía especializada de la adolescencia, la investigación en aquellos hechos contrarios a la ley penal, atribuibles a los adolescentes...”

El artículo 12 de la Ley precitada establece lo siguiente: “... Los juzgadores de la Niñez y la Adolescencia podrán determinar, entre otras, las siguientes medidas...h) Abrigo Temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias del caso...”

En base a la normativa citada se puede establecer que en el presente caso, la autoridad impugnada, no ha transgredido los derechos que se presumen violados en la resolución que señala como acto reclamado o sea lo resuelto en el recurso de revocatoria, ya que la resolución judicial expresa una motivación fáctica y jurídica clara, congruente y completa que determina la improcedencia del amparo, ya que el juzgador actuó dentro de sus facultades legales, caso contrario sucede con los profesionales de la Procuraduría General de la Nación, por haber decidido abrigar al niño (...), en el Hogar Luz de Fátima el día dieciséis de noviembre de dos mil dieciséis, porque no se encuentran facultados de conformidad con la ley, porque los órganos jurisdiccionales competentes son los únicos que pueden decidir en relación al abrigo, ya que existen juzgados de turno de veinticuatro horas, quienes por mandato legal les compete atender a los niños, niñas y adolescentes en situación de amenaza, riesgo y vulneración a sus derechos humanos, por lo que ante la inexistencia de agravio que reparar por haber actuado la autoridad recurrida en el ámbito de sus atribuciones y de conformidad con la ley la acción de amparo deviene improcedente.

Al respecto se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha diecinueve de enero de dos mil diecisiete dentro del expediente tres mil setenta y nueve guión dos mil dieciséis (3079-2016), en donde considero lo siguiente: “... Es improcedente el amparo cuando la actuación reclamada carece de efecto agravante, por haber sido emitida por la autoridad reprochada conforme las facultades que le son propias y de conformidad con la ley que rige su actuación, sin afectar derechos fundamentales. Siendo el agravio un elemento esencial para la procedencia del amparo, sin su concurrencia no es posible el otorgamiento de la protección constitucional solicitada...”

En relación al agravio reprochado de que se certifique lo conducente la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado de la manera siguiente: “... cabe afirmar

entonces que la orden de certificar lo conducente... no puede considerarse en sí el adelanto de un juicio valorativo sobre los hechos que se presumen delictivos, sino que simplemente es la apertura del cauce a la investigación subsecuente, cuya realización se le asigna según la ley a los órganos competentes: en principio, el Ministerio Público, al que se le dirige la denuncia para que, en la fase preparatoria del proceso, la traslade al juez que habrá de conocer el caso... Por consiguiente, si -como se dijo- la valoración de los hechos y la posterior determinación de que los mismos constituyen delito corresponde a la jurisdicción común o al órgano encargado de conocer... mas no así a la justicia constitucional la que por su carácter extraordinario y subsidiario no puede sustituir la competencia de los órganos nítidamente judiciales, las acciones ahora intentadas resultan improcedentes por lo que deberán declararse sin lugar..." -Expedientes acumulados mil doscientos once guión noventa y seis (1211-96) y mil doscientos doce guión noventa y seis (1212-96)-.

Por consiguiente este Tribunal advierte que no existe violación a derecho alguno que amerite ser reparado por esta vía, por lo que se deniega la presente acción de amparo solicitada y así se hará constar en la parte dispositiva del presente fallo

En cuanto al pago de las costas procesales al amparista y multa al abogado patrocinante, se exime de las mismas, en vista de que este tribunal no advierte mala fe en su actuar.

CITA DE LEYES: Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos 203 al 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 107, 141, de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 1, 2, 3, 5, 8, 10, 13, 21, 34, 35, 37, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 47, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

POR TANTO: Este Tribunal Constitucional de Amparo en base a lo considerado y leyes citadas al resolver **DECLARA: I.- Deniega** el amparo solicitado por Juan Alberto Jiménez Marroquín, en la calidad con que actúa contra del Juez Sexto de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana del departamento de Guatemala; **II.-** Se exime del pago de las de costas por lo antes considerado; **III.-** No impone multa por lo anteriormente estimado; **IV.-** Remítase copia certificada del presente fallo a la Honorable Corte de Constitucionalidad; **V.-** Certifíquese el presente fallo a la autoridad impugnada para su conocimiento.

Notifíquese.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

13/07/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - 163-2017

01174-2017-00163 Of. 3º **SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA:** Guatemala, trece de julio del año dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, que resuelve los recursos de Apelación interpuestos por (...), progenitora de la adolescente (...); Ofelia Carolina Escobar Sarti, Directora Nacional de la entidad Asociación la Alianza y Elba Lucrecia Prera Granados, representante de la Procuraduría General de la Nación, contra la sentencia de fecha dos de abril del año dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana.

I. IDENTIFICACIÓN DE LA ADOLESCENTE PROTEGIDA:

a) (...), de diecisiete años de edad, nació el catorce de enero de dos mil uno, hija de (...) y de (...) según consta en certificado de nacimiento inscrito con partida número cinco mil doscientos cuarenta y nueve (5249), folio doscientos ochenta y nueve (289) del libro doscientos ochenta y uno (281) guión G del Registro Civil del Municipio de Guatemala, Departamento de Guatemala.

EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

La Juez de la Causa, en la sentencia recurrida, **DECLARÓ:** "... A)... B)... C)... D)... E)... F)... G) **El RIESGO a VIVIR en un AMBIENTE FAMILIAR y a LA FAMILIA** de la adolescente (...). Para evitar que se continúen conculcando sus derechos humanos de la adolescente (...) se dictan las siguientes medidas de protección: **I)** En cuanto al derecho a la **INTEGRIDAD** se ordena: Que la adolescente (...) quede bajo responsabilidad del Director del Hospital Roosevelt, con el objeto que ellos como ente Estatal y en atención

al artículo seis liberal (sic) (b) de la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia, como servicio público deberán brindar atención especializada a la adolescente (...) hasta completar su recuperación y rehabilitación, deberán coordinar de manera directa con el "Shriners Hospitals For Children" de Estados Unidos de América... **II)** La procuraduría General de la Nación, deberá rendir informe mensual de dicha coordinación, lo anterior no limita la autorización expresa que como juzgador doy a la señora Directora de la Asociación La Alianza, Licenciada Ofelia Carolina Escobar Sarti,... pudiendo ella de manera directa coordinar acciones con "Shriners Hospitals For Children" de Estados Unidos de América, debiendo únicamente informa a este Juzgado y a la Procuraduría General de la Nación hubiera necesidad de la obtención de Pasaportes o Boletos Aéreos de la adolescente (...) y a la señora (...), progenitora de la adolescente de mérito... **III)** En cuanto al maltrato en su modalidad de **ABUSO EMOCIONAL** de la adolescente (...) requerirá atención privilegiada en el Departamento de Psiquiatría del Hospital Roosevelt; **IV)** En cuanto al derecho a la **INTEGRIDAD** quedará bajo la responsabilidad del Director del Hospital Roosevelt la rehabilitación, atención, sanación de (...) el cual será **PROLONGADO**... **V)** En cuanto al **ABUSO EMOCIONAL** de la adolescente (...), la terapia psicológica de la adolescente (...), la terapia psicológica de la adolescente de mérito, la condición de contención y apoyo de la señora (...), quedan a cargo del Departamento de Psicología de la Asociación La Alianza... **VI)** Es obligación de Procuraduría General de la Nación, velar por que la rehabilitación y terapias, especialmente de reconstrucción del rostro de la adolescente (...) sean de conformidad con la paciente y de ser necesario viaje a los Estados Unidos de América "Shriners Hospitals For Children", en cuanto a que la mamá de (...), señora (...), acompañe durante al proceso de la adolescente de mérito... **VII)** La psicología que brindará la Asociación La Alianza a la adolescente (...) estará enfocada de manera ambulatoria, en adaptación y recuperación al trauma que (...) experimentó. **VIII)** En cuanto al **RIESGO a VIVIR en un AMBIENTE FAMILIAR y al derecho a la FAMILIA** de la adolescente (...), el juzgador con base a la investigación practicada por "Shriners Hospitals For Children"... y con base a la recomendación médica solicitada en cuanto a que (...) sea puesta bajo el cuidado su progenitora, señora (...) al momento de retornar a Guatemala, se confirma la permanencia de la adolescente (...) **de diecisiete años de edad**, con la señora (...) en calidad de familia biológica... **IX)** En cuanto a las restituciones a las vulneraciones al derecho a la **LIBERTAD, al derecho a la INTEGRIDAD y al riesgo al derecho a LA VIDA** de la adolescente (...), será en Ministerio Público quien determinará la responsabilidad. **X)** En cuanto al derecho a la

EDUCACIÓN de la adolescente (...), la responsabilidad es compartida compartida con la señora (...) (familia de la adolescente de mérito) y con el Estado de Guatemala, **XI)** En cuanto al derecho a **VIVIR** libre de **SUSTANCIAS ILÍCITAS** que **PRODUZCAN DEPENDENCIA** de la adolescente (...), es responsabilidad de dicha adolescente, de conformidad con el artículo setenta y cinco de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. (Condición que a la fecha se encuentra superada); **XII)** En cuanto al derecho a la **INTEGRIDAD** de la adolescente (...) será un Proceso largo en el cual ella necesitará algunos apoyos. Se ordena oficiar al Ministerio de Desarrollo Social con el objeto de hacer de su conocimiento que la adolescente (...) es una de las víctimas de los hechos ocurridos el ocho de marzo de dos mil diecisiete en Hogar Estatal, Hogar Seguro Virgen de la Asunción, que de conformidad con informes médicos, la condición de (...) de discapacidad y deformaciones serán de por vida, que por las graves quemaduras que (...) sufrió, es susceptible a tener infecciones en su piel principalmente en su rostro y extremidades superiores, por lo que ruego gire sus instrucciones a donde corresponda a efecto se provea a la adolescente (...) una vivienda digna que cuente con las condiciones básicas de higiene y acceso a servicios básicos, toda vez que la familia no cuenta con una vivienda y no puede proveerla, pues la señora (...) ha abandonado su actividad económica para dedicarse al cuidado integral de su hija. **XIII)** Se ordena oficiar a Secretaria de Bienes Social con el objeto de hacer de su conocimiento que este juzgador recibe con beneplácito que (...) haya sido incorporada al programa un subsidio familiar, que sin embargo el mismo parece insuficiente por ser únicamente por la cantidad de quinientos quetzales (500.00). Ante lo cual se ordena a Procuraduría General de la Nación que formalice un requerimiento de **Pensión Vitalicia**, no solo para (...), sino **para todas las niñas sobrevivientes** de los hechos ocurridos en **ocho de marzo del dos mil diecisiete** dentro de las **instalaciones del Hogar Seguro Virgen de la Asunción**, debiendo informar a este juzgado los resultados de lo ordenado. **XIV)** Se ordena oficiar la Ministerio de Educación con el objeto que la adolescente (...) sea incorporada al programa de adultos por correspondencia y que en un plazo que no pueda exceder de diez días deberán indiciar la disponibilidad de un tutor, para apoyar a la adolescente (...), tareas educativas de acuerdo a necesidades e intereses, debiendo brindar atención privilegiada. **XV)** ... **XVI)**

II.- DE LA AUDIENCIA ORAL Y PRIVADA: La audiencia oral y privada de segunda instancia, se llevó a cabo el diez de julio del año dos mil dieciocho a las nueve horas con treinta minutos, en la cual los sujetos procesales hicieron las argumentaciones que consideraron pertinentes.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado es garantizar la correcta aplicación de la justicia, mediante la cual se logra el desarrollo integral de la persona, dentro del marco del respeto de las Garantías y Derechos Fundamentales inherentes a las partes y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada por la ley adjetiva a las partes, el cual se hace efectivo mediante el Recurso de Apelación; tomando en consideración que es función de este órgano colegiado conocer y resolver los Recursos de Apelación que se interpongan y que la ley faculta realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia y dictar el fallo que se ajuste a las pretensiones de las partes procesales, garantizando la seguridad en la aplicación de la justicia, obteniendo con ello la paz social.

CONSIDERANDO II

La interponente del primer recurso de apelación, manifiesta sus agravios y expresa: "...el juzgador declara la vulneración al derecho de la LIBERTAD, vulneración al derecho a la INTEGRIDAD y vulneración al derecho a la VIDA sin embargo, no ordena ni resuelve la restitución de estos derechos vulnerados aduciendo que es ante la instancia penal en que se determine la responsabilidad civil. Respecto a la responsabilidad solidaria del Estado La Corte de Constitucionalidad expone en relación al artículo 155 de la Constitución Política de Guatemala... Esto nos conduce a entender que la determinación de la responsabilidad solidaria lo establece la Ley y por ende, el presupuesto único para determinarlo es que el agravio se haya realizado por funcionarios públicos en ejercicio de su función, que como se ha mencionado, es de conocimiento público y consta en las autos como y donde ocurrieron los hechos del siete y ocho de marzo de dos mil diecisiete en el que resultó profundamente vulnerada la adolescente (...). Es en ese sentido en que se afirma que el juzgador inobserva la norma constitucional referida al declarar la vulneración de los derechos de la adolescente, dar por sentado la forma en que ocurrieron los hechos de conformidad con el considerando numero tres... y aun así mas no establecer que fueron funcionarios públicos en ejercicio de su función quienes vulneraron los derechos de las niñas y adolescentes entre ellas la adolescente (...) al encerrarlas en un espacio reducido y por ende la declaración de la responsabilidad subsidiaria del Estado, para los efectos de ordenar las medidas que restituyan los derechos vulnerados y/o amenazados en el que se ordene responsabilidades directas y concretas del Estado. Esto se refleja en la sentencia en la parte resolutive: en el numeral V y VII... Si bien es cierto Asociación la Alianza brinda temporalmente el servicio

esto evidencia que no se ordena a las instancias públicas la restitución de los derechos de una forma especializada y adecuada... Y por ende se dictan medidas de protección en el que se desliga la responsabilidad solidaria al Estado de Guatemala;... se evidencia la falta de certeza de la entidad responsable del cumplimiento urgente de las medidas de restitución de derechos vulnerados ya que en el numeral doce en su parte conducente el Juez ordena "oficiar" al Ministerio de Desarrollo y mas adelante no ordena si no "ruega que se gire instrucciones a donde corresponda a efecto que se provea a la adolescente una vivienda digna". Así mismo, el I numeral XIII donde se refiere la incorporación de la adolescente a un "subsidio familiar" es preciso destacar que dicho subsidio no se origina por la vulneración del cual fue víctima la adolescente, sino de programas existentes dirigidos a familias de escasos recursos de esa cuenta el monto insuficiente de quinientos quetzales para satisfacer las necesidades de la actual condición de la Adolescente (...). Es por esto que al observar el Artículo 155 constitucional las medidas de protección que se dicten no deben emitirse ordenando la incorporación de la adolescente a programas existentes a discreción o buena voluntad de los funcionarios de turno, sino ordenar a las instituciones gubernamentales competentes la restitución de los derechos vulnerados tomando en cuenta todos los aspectos de la vida que ha sido afectada... Se considera que el juzgador inobserva el artículo 116 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia,... especialmente la garantía de jurisdicción especializada regulado en la literal g) del referido artículo. Esto en virtud de que delega en otro órgano la restitución de algunos derechos vulnerados... Si bien es cierto, la determinación de responsabilidad penal no es competencia de los juzgados de Primera Instancia de Niñez y Adolescencia, sin embargo la restitución de derechos amenazados y/o violados sí. Y es de su competencia, **sin ninguna excepción o limitación alguna, incluso prioritario**. ...Es menester tomar acciones concretas e inmediatas para la restitución de los derechos de la adolescente, y que no se cometa ningún acto de discriminación y retardo de acceso a la justicia. La Restitución de los derechos de la adolescente debe ser inmediata y no esperar que se determine la responsabilidad penal de carácter personal para poder hacer efectivo el derecho a la restitución...El hecho que no se declare la responsabilidad subsidiaria del Estado de Guatemala y que no se tome en cuenta el principio de Jurisdicción Especializada, le genera agravio a la adolescente (...), en virtud que no se considera la gravedad de su situación, por ende no se realizan acciones inmediatas, urgentes y concretas.." (Sic)

La interponente del segundo recurso de apelación Ofelia Carolina Escobar Sarti, con la calidad acreditada manifiesta sus agravios y expresa en

su memorial de apelación: “...el juzgador declara la vulneración al derecho de la LIBERTAD, vulneración al derecho a la INTEGRIDAD y vulneración al derecho a la VIDA sin embargo, no ordena ni resuelve la restitución de estos derechos vulnerados aduciendo que es ante la instancia penal en que se determine la responsabilidad civil. Respecto a la responsabilidad solidaria del Estado La Corte de Constitucionalidad expone en relación al artículo 155 de la Constitución Política de Guatemala... Esto nos conduce a entender que la determinación de la responsabilidad solidaria lo establece la Ley y por ende, el presupuesto único para determinarlo es que el agravio se haya realizado por funcionarios públicos en ejercicio de su función, que como se ha mencionado, es de conocimiento público y consta en las autos como y donde ocurrieron los hechos del siete y ocho de marzo de dos mil diecisiete en el que resultó profundamente vulnerada la adolescente (...). Es en ese sentido en que se afirma que el juzgador inobserva la norma constitucional referida al declarar la vulneración de los derechos de la adolescente, dar por sentado la forma en que ocurrieron los hechos de conformidad con el considerando numero tres... y aun así mas no establecer que fueron funcionarios públicos en ejercicio de su función quienes vulneraron los derechos de las niñas y adolescentes entre ellas la adolescente (...) al encerrarlas en un espacio reducido y por ende la declaración de la responsabilidad subsidiaria del Estado, para los efectos de ordenar las medidas que restituyan los derechos vulnerados y/o amenazados en el que se ordene responsabilidades directas y concretas del Estado. Esto se refleja en la sentencia en la parte resolutoria: en el numeral V y VII... Si bien es cierto Asociación la Alianza brinda temporalmente el servicio esto evidencia que no se ordena a las instancias públicas la restitución de los derechos de una forma especializada y adecuada... Y por ende se dictan medidas de protección en el que se desliga la responsabilidad solidaria al Estado de Guatemala;... se evidencia la falta de certeza de la entidad responsable del cumplimiento urgente de las medidas de restitución de derechos vulnerados ya que en el numeral doce en su parte conducente el Juez ordena “oficiar” al Ministerio de Desarrollo y mas adelante no ordena si no “ruega que se gire instrucciones a donde corresponda a efecto que se provea a la adolescente una vivienda digna”. Así mismo, el numeral XIII donde se refiere la incorporación de la adolescente a un “subsidio familiar” es preciso destacar que dicho subsidio no se origina por la vulneración del cual fue víctima la adolescente, sino de programas existentes dirigidos a familias de escasos recursos de esa cuenta el monto insuficiente de quinientos quetzales para satisfacer las necesidades de la actual condición de la Adolescente (...). Es por esto que al observar el Artículo 155 constitucional las medidas de protección que se dicten no deben emitirse ordenando la incorporación de la adolescente a programas existentes a discreción o buena

voluntad de los funcionarios de turno, sino ordenar a las instituciones gubernamentales competentes la restitución de los derechos vulnerados tomando en cuenta todos los aspectos de la vida que ha sido afectada... Se considera que el juzgador inobserva el artículo 116 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia,... especialmente la garantía de jurisdicción especializada regulado en la literal g) del referido artículo. Esto en virtud de que delega en otro órgano la restitución de algunos derechos vulnerados... Si bien es cierto, la determinación de responsabilidad penal no es competencia de los juzgados de Primera Instancia de Niñez y Adolescencia, sin embargo la restitución de derechos amenazados y/o violados sí. Y es de su competencia, **sin ninguna excepción o limitación alguna, incluso prioritario.** ...Es menester tomar acciones concretas e inmediatas para la restitución de los derechos de la adolescente, y que no se comenta ningún acto de discriminación y retardo de acceso a la justicia. La Restitución de los derechos de la adolescente debe ser inmediata y no esperar que se determine la responsabilidad penal de carácter personal para poder hacer efectivo el derecho a la restitución...El hecho que no se declare la responsabilidad subsidiaria del Estado de Guatemala y que no se tome en cuenta el principio de Jurisdicción Especializada, le genera agravio a la adolescente (...), en virtud que no se considera la gravedad de su situación, por ende no se realizan acciones inmediatas, urgentes y concretas...” (Sic)

Por su parte Elba Lucrecia Prera Granados con la calidad acreditada también recurrente, expresa en su memorial de apelación: “...**III. MOTIVOS DE FONDO QUE FUNDAMENTAN LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA – NUMERAL ROMANOS I) parte resolutoria** – La disposición que emite el respetable juzgador, tiende a ser confusa, debido a que ordena que sea el Hospital Roosevelt quien tenga la coordinación “directa” con “Shriners Hospitals For Children” y luego indica que esta coordinación sea a través de la Procuraduría General de la Nación,... no obstante, de ser así, en atención a lo establecido en el artículo 108 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, esta situación ya no le correspondería a mi representada, en virtud de que la adolescente (...), actualmente se encuentra bajo la representación legal de su progenitora, pudiendo ser ella quien realice las gestiones necesarias ante dicho nosocomio... **IV. MOTIVOS DE FONDO QUE FUNDAMENTAN LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA – NUMERAL ROMANOS II) Y VI) parte resolutoria-** En estas disposiciones resolutorias, nuevamente existe una conclusión en relación a quién debe de tener la coordinación de la atención médica que la adolescente necesita por parte “Shriners Hospitals For Children”, debido a que autoriza a la Directora de la Asociación La Alianza, Licenciada Ofelia Carolina

Escobar Sarti, para que “de manera directa” coordine acciones con “Shriners Hospitals For Children”, cuando previo a esta disposición, ya había ordenado que la coordinación “directa” debe realizarla el Hospital Roosevelt, no quedando clara la necesidad de rendir un informe mensual, por parte de mi representada... Es menester hacer referencia, que la sentencia relacionada resulta ser desfavorable para mi representada, debido a que tiende a desnaturalizar el mandato de esta institución... si bien es cierto, se establece que la función de esta institución consiste en representar legalmente a los niños, niñas y adolescente, es importante resaltar qué es, en los casos en **que carezca de ella**, circunstancia que en este momento no existe, en virtud de que la adolescente de mérito actualmente se encuentra bajo la declaratoria de responsabilidad y representación legal de su progenitora... **V. MOTIVOS DE FONDO QUE FUNDAMENTAN LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA NUMERAL ROMANOS XIII) parte resolutive-** Ante la solicitud del respetable juzgador de formular un requerimiento de Pensión Vitalicia, se considera que la orden emitida excede los límites legales, dotando de facultades que no le corresponden a mi representada, tomando en consideración que el Estado por medio de las instituciones encargadas, dicta políticas que van encaminadas a brindar protección integral de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren amenazados o violentados en sus Derechos Humanos...es a criterio de esta representación, que la sentencia impugnada, no contraviene a los Derechos Humanos de la adolescente (...), los cuales se encuentran garantizados por la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que el espíritu de las misma, consiste en restituirle a la adolescente de mérito, sus derechos humanos vulnerados, sin embargo, es de resaltar, que al encontrarse la adolescente bajo el resguardo y protección de su progenitora... ya no correspondería a esta representación cumplir con lo dispuesto por el respetable juzgador...” (sic)

CONSIDERANDO III

Este Tribunal del análisis del expediente de mérito y de los recursos de apelación interpuestos, establece:

Al realizar el estudio correspondiente de los recursos planteados por la señora (...) y Ofelia Carolina Escobar Sarti, se verifica que en los escritos hay identidad de los agravios y peticiones realizadas, en vista de lo cual se considerarán y resolverán ambos en el mismo sentido y es el siguiente:--- **a)** Los recurrentes manifiestan su inconformidad con lo resuelto por el juzgador en el numeral romano V, que se relaciona con la terapia psicológica que la adolescente deberá recibir, previamente es importante considerar que de conformidad a lo

regulado en el numeral 1) del artículo 3, así como los numerales 1) y 13) del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 5, 11 y 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescente, que contiene lo relativo a que se ordena que el interés superior del niño debe prevalecer en cualquier resolución judicial; en consecuencia el Estado debe proteger a todo niño contra toda forma de descuido, abandono o violencia y fomentar por todos los medios, la estabilidad y bienestar de la familia, como base de la sociedad; creando las condiciones para asegurarles la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano y propicio para su desarrollo integral, aunado a lo anterior, en atención al interés superior del niño, toda resolución que sea dictada por las instituciones relacionadas con su protección integral, debe gozar de una visión infantocéntrica, misma que se debe entender, como todo aquello que tienda a beneficiar o resguardar los derechos del niño, niña o adolescente sujeto a proceso de protección, ante lo cual y dada la situación que impera en el presente caso, donde fue considerado por el juzgador en el numeral romanos V: “... la terapia psicológica de la adolescente de mérito, la condición de contención y apoyo de la señora (...), quedan a cargo del Departamento de Psicología de la Asociación La Alianza, mientras ellos humanamente decidan prestar el apoyo, en caso la Asociación ya no pudiera continuar con el apoyo para (...)... deberá informar a este Juzgado quince días (sic), a efecto de designar la institución y la persona responsable en dicha institución del seguimiento al tratamiento psicológico de la adolescente...”; este Tribunal comparte el criterio de los apelantes, ya que el juzgador de conformidad a las atribuciones otorgadas por la ley, restituye el derecho vulnerado a la adolescente de mérito y ordena la terapia psicológica, a través de Asociación La Alianza, misma que según las constancias procesales ha brindado apoyo durante la sustanciación del presente proceso de protección, tanto a la adolescente como a su progenitora, sin embargo, el juzgador deja en estado de incertidumbre lo relativo al plazo o duración del tratamiento psicológico que deberá de recibir la víctima, al considerar de que en el caso que la Asociación la Alianza no pueda continuar con dicho tratamiento, será la progenitora de la adolescente la que tenga que abocarse con el juzgador para que sea designada una nueva institución que continúe con el tratamiento psicológico que la adolescente requiere por su condición especial, ante lo cual los que ahora juzgamos, de conformidad a la normativa especial aplicable, el interés superior de la adolescente y de lo regulado en el artículo 39 de la Convención de los

Derechos del Niño que establece: "... Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima... Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del mismo...", verificamos que existe la necesidad de ordenar que las terapias psicológicas se brinden durante todo el tiempo necesario para una total recuperación psicológica, ya que como lo ha manifestado el juzgador, será un proceso que perdurará por mucho tiempo dada la situación especial de la adolescente de mérito, por lo que para asegurar que reciba todo el tratamiento psicológico, se acoge el recurso de apelación presentado, con relación a este motivo y en consecuencia, se modifica el numeral referido el cual quedará de la siguiente manera: "... V) *Con relación al ABUSO EMOCIONAL de la adolescente (...) y en cuanto a la terapia psicológica, se ordena oficial al director del Hospital Roosevelt para que designe al profesional de la psicología adscrito a dicho nosocomio, y sea el encargado de brindar el tratamiento ambulatorio correspondiente a la adolescente de mérito, que deberá ser dirigido a la recuperación del trauma sufrido de acuerdo a las necesidades de la paciente y se realizarán evaluaciones periódicas para verificar los avances en el tratamiento, de lo cual deberá de informar, al director del nosocomio y este a su vez deberá informar al juzgado de primer grado cada dos meses para que el juzgador sea el encargado de supervisar los avances y efectividad del tratamiento psicológico, en virtud de que actualmente el departamento de Psicología de la Asociación Alianza se encuentran apoyando a la adolescente protegida, es importante que se continúe aprovechando este apoyo mientras que el presente fallo cause firmeza y la referida Asociación tenga la disponibilidad de seguir brindando las terapias Psicológicas.*". Lo cual se hará constar en la parte resolutive del presente fallo.

b) En lo que respecta a la argumentación en lo dispuesto en el numeral romano VII) que se refiere al tratamiento que brinda Asociación Alianza y que con lo resuelto se desliga la responsabilidad solidaria del Estado, por ser funcionarios públicos los que vulneraron los derechos de las niñas albergadas en el hogar Virgen de la Asunción, este Tribunal estima que a los apelantes no les asiste la razón porque con lo regulado por el Juzgador no se está otorgando responsabilidades permanentes a la Asociación La Alianza, sino que se está indicando que el apoyo se debe aprovechar de manera ambulatoria entendiéndose en el sentido que la adolescente es quien debe presentarse a la Asociación para recibir sus terapias, en consecuencia por este agravio no se acoge la acción intentada.

c) **Con relación al agravio del numeral romano IX, que se refiere a la restitución de vulneración al Derecho a la libertad, integridad y la vida de (...), porque es imprescindible tomar acciones para la restitución de los derechos, porque no es posible esperar el juicio penal para restituir el derecho,** al respecto es pertinente indicar que el Juzgador en el apartado impugnado conducente resuelve que el Ministerio Público determinará quienes fueron las personas que participaron -grado de participación- y con el diligenciamiento del debido proceso se declarará la responsabilidad y sanción de los que resulten autores de los hechos acaecidos el ocho de marzo del año dos mil diecisiete, en donde se ocasionaron las lesiones físicas que presenta la adolescente (...), por lo que la argumentación de los apelantes que se refiere en relación a que el Juzgador no ordena ni resuelve la restitución a la vulneración del derecho a la libertad, integridad y la vida, los que ahora juzgamos verificamos lo siguiente: c.1) En lo que respecta a la restitución en el derecho a la integridad, que se refiere a que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser protegido contra toda forma de descuido, como un derecho humano fundamental para el resguardo de la persona en su aspecto físico y emocional, el reconocimiento a este derecho implica que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente ni ser víctima de daños mentales que le impida conservar su estabilidad, derecho que fue protegido por el juzgador en el apartado POR TANTO en el numeral romanos III literal B) -obrante a folio cuatrocientos seis- declara la vulneración al derecho a la integridad y para evitar que se continúen vulnerando los derechos en el numeral romano I -folio cuatrocientos seis reverso-, dictó medidas de protección para restituir el derecho a la integridad y ordena al Director del Hospital Roosevelt que como ente estatal, brinde atención especializada a la adolescente (...), lo cual confirma en el numeral romanos IV) -folio cuatrocientos siete- cuando indica que el Director del Hospital Roosevelt ante la necesidad de atención prolongada para la sanación de la adolescente protegida coordinará los viajes para Estados Unidos en donde el Hospital "Shriners Hospitals For Children" de los Estados Unidos de América, brindará la atención de cirugías necesarias y coordinará el seguimiento con la referida institución. De igual forma el Juzgador en el numeral romano XII) del fallo objeto de estudio, ordena oficial al Ministerio de Desarrollo Social para que provea de una vivienda digna, por lo que se estima que con todas las ordenes a las instituciones, restituye el derecho a la integridad vulnerado, por lo que por este argumento no se acoge la acción intentada de conformidad a lo considerado; c.2)

Restitución al derecho a la libertad, al respecto la Constitución Política de la República de Guatemala, Tratados, Convenios e Instrumentos internacionales ratificados por Guatemala, reconocen la dignidad de todos los miembros de una sociedad, especialmente el derecho a la libertad, el artículo 5 de la referida Constitución preceptúa el derecho a la Libertad de Acción, entendiéndose como la libertad de hacer todo lo que la Ley no prohíbe, en relación a la niñez se reconoce como un derecho universal en el cual se garantiza que el crecimiento y desarrollo integral de la niñez en un ambiente en donde se respete sus ideas, creencias, opiniones y se les permita la evolución del desarrollo de sus facultades, lo cual fue considerado por el juzgador quien estimó lo que consideró pertinente en el considerando III) del fallo impugnado, especialmente cuando expresa que la adolescente se encontraba en la fecha en que sucedieron los hechos bajo el abrigo del Hogar Virgen de la Asunción, medida provisional y excepcional que se había dictado porque era evidente que (...), no podía permanecer al lado de su familia y el abrigo o colocación en un hogar de abrigo y protección -folio 398 reverso- **nunca implica privación de libertad** (el resaltado es propio), en todo caso corresponde al Juez Penal, verificar si en algún momento la adolescente fue privada de su libertad, lo que se dilucidará mediante el desarrollo del juicio penal y no obstante que la adolescente se encontraba encerrada en un espacio pequeño lo cual no implica violación al derecho a la libertad sino que fue ingresada al Hogar Virgen de la Asunción por orden de Juez competente para su protección, porque la familia biológica no se responsabilizaba de su atención y cuidado, por lo que por este agravio no se acoge la acción intentada; c.3) En relación al derecho a la vida de la niñez y adolescencia, al Estado le corresponde garantizarles su protección y supervivencia lo cual se encuentra contenido en el artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que protege la vida desde su concepción hasta la muerte, porque el ser humano tiene derecho a vivir en condiciones dignas y con lo necesario para aspirar a una superación, libre de enfermedades, con acceso a la alimentación y en un ambiente de seguridad, entre otros derechos fundamentales que fueron protegidos por el Juzgador y en el Considerando I indica que es obligación del Estado, garantizar la supervivencia, seguridad y desarrollo de los niños y niñas bajo protección estatal, que debido a las quemaduras de tercer y cuarto grado que sufrió la adolescente sujeto de protección lo cual ocasionó que necesitara amputación en varias partes del cuerpo y es necesario para garantizar su derecho a

la vida que se practiquen intervenciones quirúrgicas de reconstrucción de frente, ojos y tratamiento de quemaduras, en su momento por lo que las instituciones pertinentes ante la necesidad que la víctima presentaba le proporcionaron prótesis durante un tiempo, se le apoyó con un ventilador mecánico, se le brindaron lentes de contacto, además el juzgador en la parte resolutive del fallo que se impugna dictó todas las medidas que consideró pertinentes para que se garantizara su derecho a la vida, protección al derecho a la integridad, al abuso emocional, el derecho a la familia y vivir en un ambiente familiar, a la educación, a vivir libre de sustancias ilícitas que produzcan dependencia, derecho de vivir dignamente, todas estas medidas fueron consideradas en los apartados respectivos, no obstante que dictó las medidas que estimó procedentes para restituir los derechos vulnerados también consideró que para determinar en forma concreta, fehaciente y bajo declaratoria de responsabilidad quienes fueron las personas que en su momento intervinieron para la vulneración del derecho, de manera adecuada resolvió que es el Ministerio Público a quien le corresponde determinar la participación y responsabilidad de lo sucedido el día ocho de marzo del año dos mil diecisiete, no significa por lo tanto que el juez penal será quien restituya a la adolescente el derecho a la vida, porque no se encuentra dentro de sus facultades ya que la restitución de derechos es una facultad exclusiva de los jueces de niñez, sino que significa que el Juzgador Penal determinará la participación, culpabilidad e impondrá la sanción a los autores de los hechos acaecidos, como ya se indicó anteriormente y resolverá lo relativo a la reparación del daño, si se hubiere ejercitado la acción para su reclamación.

Manifiestan los apelantes en sus memoriales, en repetidos apartados que no se puede esperar a que un proceso penal concluya y se declare la responsabilidad subsidiaria del Estado, sin indicar en forma concreta las razones por las cuales requiere que se declare la responsabilidad, puesto que la responsabilidad se refiere a aquellos casos en que existan personas que han sido consideradas responsables solidarias de un hecho dañoso o culposo y porque ha quedado acreditada su participación, en determinado hecho en cuyo caso deberán ser obligadas a responder por la totalidad del daño producido en relación a la comprobación de actuación contraria a derecho, lo cual faculta al perjudicado a exigir un monto concreto en concepto de responsabilidad por el daño sufrido, proceso dentro del cual se puede ejercitar el derecho a la

reclamación de la reparación digna que tienen las víctimas para la restauración de los distintos derechos afectados, procurando las partes que el monto de la reparación sea viable, proporcional, objetiva, se pueda requerir el pago y hacer efectiva en forma monetaria. En el presente caso por las lesiones causadas a las víctimas es evidente que se encuentran en condiciones físicas, psicológicas, económicas y sociales que deben ser atendidas por profesionales o peritos expertos en la materia, terapias que en la actualidad las están proporcionando entidades públicas y privadas y cuando las entidades privadas ya no las proporcionen le corresponderá a la familia continuar con los tratamientos y subvencionar los costos y les ocasionará tener que realizar erogaciones económicas, corriendo el riesgo la adolescente protegida que ante la carencia de posibilidades de la familia se quede sin la atención integral (física y psicológica) que requiere. A la presente fecha la adolescente se encuentra debidamente atendida en programas de rehabilitación, recuperación y tratamiento médico que necesita, el cual se lo proporciona el hospital Roosevelt en coordinación con el Hospital "Shriners Hospitals For Children" de los Estados Unidos de América, lugar al que debe viajar, todo ello en virtud de la gravedad de su salud en donde aplican procedimientos con el objeto de tratar la curación de las lesiones causadas. No obstante que dentro del presente fallo no se hace ninguna consideración en relación a la indemnización que al Estado le corresponde otorgar a las víctimas de la tragedia, si se consideran remuneraciones económicas las órdenes dictadas, porque con todas ellas se beneficiaría a la adolescente (...) y a su familia, las que se traducen en ayudas económicas, como lo es la incorporación al programa de Subsidio Familiar de la Secretaría de Bienestar Social, la orden de provisión de una vivienda digna con condiciones básicas, orden de proveer terapias psicológicas por medio del Hospital Roosevelt y la provisión de boletos aéreos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, para que la adolescente y su progenitora puedan acudir las veces que sean necesarias y que se programen para los tratamientos en el Hospital "Shriners Hospitals For Children" de los Estados Unidos de América. Adicionado a ello es evidente que durante el proceso de protección no existe la reclamación de un monto o cantidad económica cuantificable que los accionantes hayan indicado como necesario para la sobrevivencia de la protegida, ello en función de cubrir los gastos realizados, necesidades actuales y requerimientos de atenciones que en el futuro se presenten, por lo que ante la falta del monto de la estimación pecuniaria pertinente, a este Tribunal de alzada le

es imposible determinar un monto económico de indemnización porque no cuenta con la información para su estimación o calculo y en virtud de que con todo lo ordenado por el juzgador y lo que adiciona esta Sala, se estima que se restituye el derecho a la vida, por lo que por este agravio no se acoge la acción intentada.

d) El agravio que argumenta les causa el numeral romanos XII porque estiman que existe falta de certeza en relación a la indicación de la entidad responsable del cumplimiento a las medidas otorgadas, a los apelantes les asiste la razón, ya que la restitución de los derechos vulnerados debe ser pronta y eficaz, dentro de los parámetros del respeto al debido proceso, con el objeto de velar porque prevalezca el respeto al interés superior de la adolescente, en vista de lo cual los que ahora juzgamos, por este motivo declaramos con lugar el recurso de apelación planteado y en consecuencia se modifica el numeral referido y queda de la siguiente manera: "... XII) En cuanto al derecho a la INTEGRIDAD de la adolescente (...), se decide oficiar al Ministerio de Desarrollo Social con el objeto de hacer de su conocimiento que la adolescente de mérito, es una de las víctimas de los hechos ocurridos el ocho de marzo de dos mil diecisiete en el Hogar Seguro Virgen de la Asunción y de conformidad a los informes médicos que obran dentro de la carpeta judicial y que fueron extendidos por profesionales en medicina, la condición de (...) de discapacidad y deformaciones las cuales serán de por vida, por las graves quemaduras sufridas, por lo tanto es susceptible a sufrir infecciones en su piel, principalmente en su rostro y extremidades superiores, por lo que ORDENA a las autoridades de esa Institución, giren instrucciones a donde corresponda, a efecto de que en el plazo de tres meses, computados a partir de la notificación de la presente resolución y recepción del oficio pertinente, realice todas las diligencias necesarias a efecto de que se adjudique en calidad de propietaria a la adolescente (...), un bien inmueble digno que cuente con las condiciones básicas de higiene y acceso a los servicios públicos, toda vez que la familia biológica no cuenta con una vivienda que reúna las condiciones necesarias para la recuperación y sobrevivencia de la adolescente y la señora (...), progenitora de la adolescente, ha abandonado su actividad económica para dedicarse al cuidado integral de su hija y actualmente en forma provisional y temporal el grupo familiar se encuentra viviendo en una casa como beneficio que les proporciona la entidad Asociación Alianza."; Por lo que por este agravio se acoge la acción intentada y en ese sentido se hará el pronunciamiento respectivo.

e) Con relación al agravio del numeral romanos XIII, referente a que el monto de quinientos

quetzales es insuficiente para satisfacer las necesidades de la adolescente, este Tribunal considera que si bien es cierto y de acuerdo a lo verificado por el aquo, la adolescente protegida ya fue incluida en el programa de subsidio familiar de la Secretaría de Bienestar Social, también es cierto que la cantidad es insuficiente, debido a la condición de vulnerabilidad y discapacidad por la deficiencia física de naturaleza permanente que presenta lo cual lo incapacita para realizar actividades esenciales de la vida diaria y el monto asignado no cubre las necesidades básicas para que pueda subsistir de manera digna y con una visión infantocéntrica, entendida como todo aquello que tienda a beneficiar o resguardar los derechos del niño, niña o adolescente sujeto a proceso de protección dicho monto debe ser aumentado, teniendo en cuenta la predictibilidad como la obligación que tiene el juzgador de dictar una sentencia con proyección hacia la atención por la situación o condición en que actualmente se encuentra o que se pueda encontrar en el futuro y que sea más favorable a la adolescente y ante la precariedad de la cantidad fijada, al verificarse las distintas necesidades que presenta la adolescente protegida y que debe cubrir, es indispensable ordenar todo tipo de medidas que tiendan a beneficiarla, no solamente durante el tiempo que dure la adolescencia, sino durante todo el tiempo que sea necesario incluso durante toda su vida, derivado de que hay pronóstico reservado de la recuperación total de su salud, en vista de lo cual se modifica el numeral referido y queda de la siguiente manera: “XIII.- Debido a que en la Secretaría de Bienestar Social, la adolescente (...), ya se encuentra incorporada al programa de subsidio familiar, el que tiene como fundamento el acuerdo 45-2018 con perfil para su inclusión la atención a adolescentes con discapacidad física, sensorial y múltiple, que la coloca en estado de vulnerabilidad, SE ORDENA: a) que el monto de subsidio destinado se incremente a la cantidad de dos mil quetzales (Q 2,000.00) el que deberá ser depositado en forma mensual y anticipada a la cuenta bancaria que para el efecto se apertura, obligación que concluirá cuando se otorgue pensión vitalicia por parte del Estado. La Secretaría de Bienestar Social, para darle estricto cumplimiento a lo ordenado, deberá realizar las gestiones legales y administrativas correspondientes a efecto de que en caso de ser necesario se gestione la creación o aprobación de un acuerdo gubernativo especial o específico para beneficio de la adolescente protegida y se le asigne el monto económico de ayuda indicado, para lo cual se fija el plazo de tres meses para su cumplimiento computados a partir de la notificación respectiva, bajo apercibimiento de que se certificará lo conducente ante su incumplimiento. b.- Se ordena a la Procuraduría General de la Nación, de

conformidad con lo regulado en el inciso 2 del artículo 1, 12 y 20 del decreto 512 del Congreso de la República, que inicie las diligencias pertinentes ante las dependencias estatales competentes a efecto de procurar el pago de Pensión Vitalicia no solo para (...) sino para todas las Niñas Sobrevivientes de los hechos ocurridos el ocho de marzo del año dos mil diecisiete, dentro de las instalaciones del Hogar Seguro Virgen de la Asunción, por el monto que alcance para cubrir las necesidades básicas de (...), debiendo informar del avance de las diligencias que realice al Juez Contralor de Primera Instancia competente, por lo que ante la emergencia y necesidad de la protegida, se le fija el plazo de tres meses para concluir con el trámite respectivo, el que se computará a partir de la notificación del presente fallo. c.- Se ordena a la Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente (SOSEP), lo siguiente: c.1) Incluya a (...), en todos los programas sociales existentes, los que se instalen en el futuro y que sean para su beneficio. c.2) Incluya a la adolescente mencionada en el programa denominado Creciendo Seguro; c.3) Gestione ante las autoridades competentes la donación de una silla de ruedas, dada la incapacidad y dificultad de movilización que ha resultado como consecuencia de los hechos ocurridos; d) Se ordena al Ministerio de Desarrollo Social, que realice los estudios correspondientes e incluya a la adolescente protegida en el programa de Tarjeta de Alimentos y todos aquellos programas o beneficios que el Ministerio tenga para apoyarla y se le incluya en los programas que se autoricen en el futuro.”. Por lo que por este agravio se acoge la acción intentada y en ese sentido se hará el pronunciamiento respectivo

En relación a los agravios invocados por la Representante de la Procuraduría General de la Nación abogada Elba Lucrecia Prera Granados.

En cuanto al primer agravio con relación al numeral romanos I, -obstante a folio cuatrocientos seis reverso - que se refiere a la coordinación interinstitucional entre el Hospital Roosevelt y la Procuraduría General de la Nación, los que ahora juzgamos establecemos que a la apelante por este motivo no le asiste la razón porque el juzgador de manera clara ordena que la adolescente quede **bajo responsabilidad del Director del Hospital Roosevelt** (el resaltado es propio) únicamente para que se le brinde atención médica especializada hasta completar su recuperación y rehabilitación; y ordena a la Procuraduría General de la Nación, **coordinar** (el resaltado es propio) con personeros del Hospital “Shriners Hospitals For Children” de Estados Unidos de América, únicamente en lo que se refiere a la periodicidad y necesidad de traslados para las intervenciones quirúrgicas que se programen, en consecuencia no se advierte que

exista confusión en relación a las ordenes emanadas por el juzgador como lo interpreta la apelante, porque se encuentran debidamente indicadas las actividades que deberán realizar los funcionarios de cada institución, de acuerdo a sus facultades y competencias asignadas, sin que se estime que con el cumplimiento de lo ordenado se sienta un precedente que pueda ser tomado como antecedente para reclamaciones, pretensiones y disposiciones futuras. Si bien es cierto que la accionante le asiste la razón en el sentido de que la adolescente protegida está debidamente representada por su progenitora a quien efectivamente le corresponde realizar todas las diligencias indispensables en el tratamiento de su hija, también es cierto que la orden judicial se debe a la necesidad de acompañamiento en las diligencias que realice la progenitora. Las medidas que se dictaron y las que se dictan en el presente fallo son en función de ayudar a la sobrevivencia digna de la protegida, por la situación actual de vulnerabilidad en la salud y en la situación económica precaria en que se encuentra, en virtud de que ha sufrido vulneración a un conjunto de derechos y con el debido diligenciamiento, acatamiento y observación dentro de los plazos indicados de las ordenes contenidas dentro de la presente resolución, se persigue mejorar la calidad de vida en protección al interés superior de la adolescente, lo cual se encuentra garantizado en la normativa nacional y convenios internacionales vigentes que protegen a grupos vulnerables. Por lo que ralentizar la intervención de los entes estatales con la interposición de acciones legales a las cuales tengan derecho las instituciones, únicamente provocan perjuicios, retrasos y retardan el proceso de recuperación de la salud física, mental y psicológica de (...), a quien por mandato constitucional se debe proteger. Por lo que por este argumento no se acoge la acción intentada.

En lo que respecta al agravio del numeral romanos II) que ordena a la Procuraduría General de la Nación, rendir informe de los avances en las coordinaciones entre el Hospital Roosevelt y el Hospital "Shriners Hospitals For Children" de Estados Unidos de América, se contempla que le asiste la razón a la recurrente, en el sentido de que el juzgador dicta varias órdenes que no son claras y algunas son contradictorias como lo es la orden a la Procuraduría General de la Nación, de rendir informe mensual de dicha coordinación, sin indicar en forma concreta a que coordinación se refiere, únicamente se deduce que se relaciona con lo ordenado en el numeral romanos I, por lo que es evidente la falta de claridad de lo resuelto; también autoriza a la Licenciada Ofelia Carolina Escobar

Sarti, directora de la Asociación Alianza para que de manera directa coordine (el resaltado es propio) con el hospital "Shriners Hospitals For Children", de Estados Unidos de América, sin indicar en forma concreta a que coordinación se refiere, puesto que la coordinación entre instituciones quedó ordenada en el numeral romanos I de la resolución impugnada; agrega el juzgador que ante la necesidad de obtención de pasaportes y boletos aéreos de la adolescente protegida y su progenitora ya **quedó considerado anteriormente e indica que a folio ciento ochenta y cuatro**, (el subrayado es propio), **el boleto aéreo será cubierto por ellos**, (el resaltado es propio), sin manifestar de forma clara a quien se refiere por ellos, por lo que fue necesario y pertinente realizar análisis y estudio del expediente de protección especialmente del folio arriba mencionado y se verificó que en dicho folio obra la impresión de un correo electrónico fechado tres de noviembre del año dos mil diecisiete, enviado por Jorge Alberto Figueroa Salguero, Cónsul General acreditado en Estados Unidos de América a Zulma Vargas, Directora de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala, el cual únicamente contiene informe de las coordinaciones que realizará ese organismo para atender a la progenitora de la adolescente el seis de noviembre del año dos mil diecisiete, cuando llegue a tratamiento; informan también que el pago de boleto aéreo y los costos de hospedaje y alimentación durante los días que deban permanecer en ese país de Norteamérica, será cubierto por ese consulado. Derivado de la falta de claridad y contradicciones resaltadas en el numeral objeto de análisis, los que ahora juzgamos por este motivo declaramos con lugar la apelación y se resuelve de la siguiente manera: "... II) Para verificar el cumplimiento de las coordinaciones se ordena: a) La Procuraduría General de la Nación deberá rendir informe al juez de la causa cada dos meses de la situación en la cual se encuentra la adolescente de mérito, el que deberá versar sobre el cumplimiento o en su caso en relación a las dificultades que se presentan para dar acatamiento a las medidas ordenadas en la presente resolución. b) Se autoriza a la Licenciada Ofelia Carolina Escobar Sarti, Directora de la Asociación La Alianza, a efecto de que coopere con realizar acciones interinstitucionales con el Hospital Roosevelt y el Hospital "Shriners Hospitals For Children" de Estados Unidos de América, en todas las diligencias que estime pertinentes y de acuerdo a las posibilidades de dicha institución. c) El costo del trámite de los pasaportes, boletos aéreos y visa humanitaria para la adolescente protegida y su progenitora, los asumirá el Ministerio de Relaciones Exteriores, institución que será la encargada de realizar los trámites necesarios e indispensables, cada vez que la adolescente y su

progenitora tengan que viajar hacia los Estados Unidos de América, para continuar con el tratamiento médico necesario.”. Por lo que por este agravio se acoge la acción intentada y así se hará constar en la parte resolutive del presente fallo.

En lo concerniente al agravio del numeral romano VI, de la orden a la Procuraduría General de la Nación de velar porque la rehabilitación y terapias sean de conformidad con la necesidad de la paciente sin indicar a quien le corresponde la coordinación y atención médica. En sus argumentos de inconformidad estiman los apelantes que a quien le compete ejercer la representación de la adolescente es a su progenitora, señora (...) y el juzgador responsabiliza a la Procuraduría General de la Nación, de velar por la recuperación de la adolescente, argumento que no es compartido por los que ahora juzgamos porque la orden judicial no desnaturaliza su mandato legal como manifiestan, puesto que al juzgador únicamente le otorga responsabilidades en relación a velar y supervisar que las instituciones atiendan la recuperación de la adolescente, consecuentemente no le atribuye representación legal como erróneamente interpreta la accionante, siendo importante acotar que la referida institución en representación del Estado y como garante de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sujetos a protección de conformidad con las normas legales nacionales le compete velar porque todas las ordenes que se giraron a varios Ministerios se cumplan dentro de los plazos establecidos, para lo cual en atención al cumplimiento del fallo, la Procuraduría General de la Nación deberá designar un funcionario que dé seguimiento y verifique que todos los ministerios cumplan dentro de los plazos legales con las especiales ordenes que mediante este fallo se han fijado y deberá rendir informe cada dos meses de la situación en la cual se encuentre la adolescente protegida, remitiéndolo al Juez contralor de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana, quien al verificar incumplimiento de acatar y ejecutar las órdenes dicte los apercibimientos y advertencias que estime necesarias, para propiciar el cumplimiento del presente fallo. Por lo que a la apelante por este agravio no le asiste la razón siendo que los hechos ocurridos el ocho de marzo del año dos mil diecisiete, son atribuibles a personeros del Hogar Virgen de la Asunción entidad estatal destinada a la protección de menores de edad, por lo tanto es al Estado por medio de sus distintas instituciones es a quien le corresponde velar porque los derechos humanos conculcados se restituyan, de conformidad con lo

regulado en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual preceptúa que su propósito es promover, proteger y asegurar que se garantice el ejercicio de las libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad; por su parte el artículo 6 regula que los estados adoptarán las medidas tendientes a asegurar que las mujeres con discapacidad disfruten en igualdad de condiciones todos los derechos humanos y tomarán las medidas necesarias para asegurar su desarrollo y potenciación. El artículo 11 de la referida Convención dispone que los Estados dictarán las medidas necesarias para garantizar la seguridad y protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo y por emergencias humanitarias, en igual sentido se manifiesta el Comité de los derechos del niño en su observación general número 9, que indica que para el pleno disfrute de los derechos consagrados en la convención al Estado le corresponde garantizar que las personas con discapacidad reciban los cuidados y asistencias que requieran, crear planes y estrategias teniendo en cuenta todas las políticas, los programas de protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad y **que estén dotados con mecanismos de supervisión** (el resaltado es propio) que permitan la medición exacta de sus resultados y de conformidad con lo regulado en el artículo 14 del Decreto número 512 del Congreso de la República el Procurador General de la Nación, es el que ejerce la personería de la nación y podrá intervenir en los asuntos en cualquier momento, función que deberá realizar e informar al juzgador quien es el encargado de velar porque los profesionales especializados cumplan con lo ordenado en sus resoluciones y en el caso de incumplimiento de los mandatos corresponde dictar las medidas pertinentes. Por lo que por este argumento a la apelante no le asiste la razón.

El agravio que se refiere al numeral romano XIII, que ordena a la Procuraduría General de la Nación, formalizar requerimiento de pensión vitalicia para (...) y todas las niñas sobrevivientes. La abogada de la Procuraduría General de la Nación estima que la orden excede los límites legales otorgados a la Institución que representa y la dota de **facultades que no le corresponden**, (el resaltado es propio), argumento que no es compartido por los que ahora juzgamos porque la institución que la Abogada representa defiende los intereses del Estado y deberá intervenir en forma activa en todas las actividades que se realicen dentro de los procedimientos de niñez y adolescencia, porque el bienestar de ese sector de la población es de interés nacional, si bien es cierto

que la apelante en forma clara indica que existe en el Organismo Legislativo, la Iniciativa de Ley número 5420, el cual dispone en el artículo 1. Que el ocho de marzo se declare “Día Nacional de las Víctimas de la tragedia ocurrida en el Hogar Seguro Virgen de la Asunción”; en el artículo 2. Estipula montos variables de acuerdo a las necesidades para la fijación de la pensión vitalicia y en el numeral trece se incluye como beneficiaria a la adolescente protegida, moción que fue presentada por varios diputados el seis de marzo del año dos mil dieciocho; también es cierto que a la presente fecha ese Organismo del Estado, no ha concluido con el procedimiento y ante la falta de certeza en cuanto a cómo quedará redactado el decreto una vez que sea aprobado, tampoco existe certeza en relación a su aprobación, sanción y publicación, por lo que es imprescindible que de manera urgente se realicen las gestiones necesarias, ya sea para que se concrete la aprobación de la ley o bien para la obtención de una pensión provisional para beneficio de la adolescente protegida, en virtud de que en la actualidad presenta cuadros de salud que requiere de tratamientos médicos y psicológicos, los que le corresponde realizar a la familia y ante la falta de recursos económicos que presenta el cuadro familiar de la adolescente, se corre el riesgo de suspenderse los tratamientos médicos necesarios, lo que pondría en riesgo su vida, estimándose en consecuencia que no se les está otorgando otras facultades a los funcionarios que laboran en la Procuraduría General de la Nación, porque como ya se dijo ejercitan la representación del Estado; por lo que este Tribunal **DE OFICIO** en aras de proteger los derechos fundamentales de la adolescente protegida **ordena:** a) La Procuraduría General de la Nación dar estricto cumplimiento a lo ordenado, debiendo designar al abogado encargado de su ejecución para que realice las gestiones necesarias para la aprobación de la Iniciativa de Ley 5420, una vez aprobado el decreto antes referido y obtenida la pensión vitalicia, cesaran las responsabilidades ordenadas a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación; b) Provisionalmente gestione el pago de una pensión para beneficio de la adolescente protegida, por el cuadro de salud que presenta, por la falta de recursos económicos de su cuadro familiar, se corre el riesgo de suspenderse los tratamientos médicos necesarios, lo que pondría en riesgo su vida. Por lo que por este argumento no se acoge la acción intentada.

Por todo lo considerado, se declara parcialmente con lugar los Recursos de Apelación instados y en consecuencia se modifican los numerales romanos II, V, XII y XIII de la sentencia de fecha dos de abril del año dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado

de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana, lo que se hará constar en la parte dispositiva del presente fallo.

CITA DE LEYES: Los citados y 1, 2, 3, 12, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 51, 52, 71, 86, 87, 88, 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala con base en lo considerado y leyes citadas al resolver **DECLARA: I.- CON LUGAR PARCIALMENTE** los recursos de apelación presentados por (...), progenitora de la adolescente (...); Ofelia Carolina Escobar Sarti, Directora Nacional de la entidad Asociación la Alianza y Elba Lucrecia Prera Granados, representante de la Procuraduría General de la Nación, contra la sentencia de fecha dos de abril del año dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana; **II.-** En consecuencia se modifica los numerales romanos II, V, XII y XIII, los cuales quedan de la siguiente manera: **“II) Para verificar el cumplimiento de las coordinaciones se ordena: a) La Procuraduría General de la Nación deberá rendir informe al juez de la causa cada dos meses de la situación en la cual se encuentra la adolescente de mérito, el que deberá versar sobre el cumplimiento o en su caso en relación a las dificultades que se presentan para dar acatamiento a las medidas ordenadas en la presente resolución. b) Se autoriza a la Licenciada Ofelia Carolina Escobar Sarti, Directora de la Asociación La Alianza, a efecto de que coopere con realizar acciones interinstitucionales con el Hospital Roosevelt y el Hospital “Shriners Hospitals For Children” de Estados Unidos de América, en todas las diligencias que estime pertinentes y de acuerdo a las posibilidades de dicha institución. c) El costo del trámite de los pasaportes, boletos aéreos y visa humanitaria para la adolescente protegida y su progenitora, los asumirá el Ministerio de Relaciones Exteriores, institución que será la encargada de realizar los trámites necesarios e indispensables, cada vez que la adolescente y su progenitora tengan que viajar hacia los Estados Unidos de América, para continuar con el tratamiento médico necesario.”; V) Con relación al ABUSO EMOCIONAL de la adolescente (...) y en cuanto a la terapia psicológica, se ordena oficiar al director del Hospital Roosevelt para que designe al profesional de la psicología adscrito a dicho nosocomio, y sea el encargado de brindar el tratamiento ambulatorio correspondiente a la adolescente de mérito, que deberá ser dirigido a la recuperación del trauma**

sufrido de acuerdo a las necesidades de la paciente y se realizarán evaluaciones periódicas para verificar los avances en el tratamiento, de lo cual deberá de informar, al director del nosocomio y este a su vez deberá informar al juzgado de primer grado cada dos meses para que el juzgador sea el encargado de supervisar los avances y efectividad del tratamiento psicológico, en virtud de que actualmente el departamento de Psicología de la Asociación Alianza se encuentran apoyando a la adolescente protegida, es importante que se continúe aprovechando este apoyo mientras que el presente fallo cause firmeza y la referida Asociación tenga la disponibilidad de seguir brindando las terapias Psicológicas.”; **XII)** En cuanto al derecho a la INTEGRIDAD de la adolescente (...), se decide oficiar al Ministerio de Desarrollo Social con el objeto de hacer de su conocimiento que la adolescente de mérito, es una de las víctimas de los hechos ocurridos el ocho de marzo de dos mil diecisiete en el Hogar Seguro Virgen de la Asunción y de conformidad a los informes médicos que obran dentro de la carpeta judicial y que fueron extendidos por profesionales en medicina, la condición de (...) de discapacidad y deformaciones las cuales serán de por vida, por las graves quemaduras sufridas, por lo tanto es susceptible a sufrir infecciones en su piel, principalmente en su rostro y extremidades superiores, por lo que **ORDENA** a las autoridades de esa Institución, giren instrucciones a donde corresponda, a efecto de que en el plazo de tres meses, computados a partir de la notificación de la presente resolución y recepción del oficio pertinente, realice todas las diligencias necesarias a efecto de que se adjudique en calidad de propietaria a la adolescente (...), un bien inmueble digno que cuente con las condiciones básicas de higiene y acceso a los servicios públicos, toda vez que la familia biológica no cuenta con una vivienda que reúna las condiciones necesarias para la recuperación y sobrevivencia de la adolescente y la señora (...), progenitora de la adolescente, ha abandonado su actividad económica para dedicarse al cuidado integral de su hija y actualmente en forma provisional y temporal el grupo familiar se encuentra viviendo en una casa como beneficio que les proporciona la entidad Asociación Alianza.”; **XIII).**- Debido a que en la Secretaría de Bienestar Social, la adolescente (...), ya se encuentra incorporada al programa de subsidio familiar, el que tiene como fundamento el acuerdo 45-2018 con perfil para su inclusión la atención a adolescentes con discapacidad física, sensorial y múltiple, que la coloca en estado de vulnerabilidad, **SE ORDENA:** **a)** que el monto de subsidio destinado se incremente a la cantidad de dos mil quetzales (Q 2,000.00) el que deberá ser depositado en forma mensual y anticipada a la cuenta bancaria que para el efecto se apertura, obligación que concluirá cuando se otorgue pensión vitalicia por parte del Estado. La Secretaría de Bienestar Social, para darle estricto

cumplimiento a lo ordenado, deberá realizar las gestiones legales y administrativas correspondientes a efecto de que en caso de ser necesario se gestione la creación o aprobación de un acuerdo gubernativo especial o específico para beneficio de la adolescente protegida y se le asigne el monto económico de ayuda indicado, para lo cual se fija el plazo de tres meses para su cumplimiento computados a partir de la notificación respectiva, bajo apercibimiento de que se certificará lo conducente ante su incumplimiento. **b.-** Se ordena a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo regulado en el inciso 2 del artículo 1, 12 y 20 del decreto 512 del Congreso de la República, que inicie las diligencias pertinentes ante las dependencias estatales competentes a efecto de procurar el pago de Pensión Vitalicia no solo para (...) sino para todas las Niñas Sobrevivientes de los hechos ocurridos el ocho de marzo del año dos mil diecisiete, dentro de las instalaciones del Hogar Seguro Virgen de la Asunción, debiendo informar del avance de las diligencias que realice al Juez Contralor de Primera Instancia competente, por lo que ante la emergencia y necesidad de la protegida, se le fija el plazo de tres meses para concluir con el trámite respectivo, el que se computará a partir de la notificación del presente fallo. **c.-** Se ordena a la Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente (SOSEP), lo siguiente: **c.1)** Incluya a (...), en todos los programas sociales existentes, los que se instalen en el futuro y que sean para su beneficio. **c.2)** Incluya a la adolescente mencionada en el programa denominado Creciendo Seguro; **c.3)** Gestione ante las autoridades competentes la donación de una silla de ruedas, dada la incapacidad y dificultad de movilización que ha resultado como consecuencia de los hechos ocurridos; **d)** Se ordena al Ministerio de Desarrollo Social, que realice los estudios correspondientes e incluya a la adolescente protegida en el programa de Tarjeta de Alimentos y todos aquellos programas o beneficios que el Ministerio tenga para apoyarla y se le incluya en los programas que se autoricen en el futuro.”; **III.- DE OFICIO** en aras de proteger los derechos fundamentales de la adolescente protegida ordena: **a)** La Procuraduría General de la Nación dar estricto cumplimiento a lo ordenado, debiendo designar al abogado encargado de su ejecución para que realice las gestiones necesarias para la aprobación de la Iniciativa de Ley 5420, una vez aprobado el decreto antes referido y obtenida la pensión vitalicia, cesaran las responsabilidades ordenadas a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación; **b)** Provisionalmente gestione el pago de una pensión para beneficio de la adolescente protegida, por el cuadro de salud que presenta, por la falta de recursos económicos de su cuadro familiar, se corre el riesgo de suspenderse los tratamientos médicos necesarios, lo que pondría en riesgo su vida; **IV.-** Los demás números romanos de

la sentencia impugnada, conservan plena validez y efectos legales; V.- Con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al juzgado de origen. Notifíquese.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

20/07/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - 65-2018

01174-2018-00065 Of. 1º SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Guatemala, veinte de julio de dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, que resuelve el recurso de Apelación interpuesto por (...) en contra de la sentencia de fecha veinticuatro de abril del año dos mil dieciocho dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana.

I. IDENTIFICACIÓN DEI NIÑO PROTEGIDO:

a) (...), de seis años de edad, nació el nueve de octubre de dos mil once, hijo de (...) y (...), según consta en certificado de nacimiento extendido por el Registro Civil de las Personas, del Registro Nacional de las Personas del departamento de Guatemala, identificado con el código único de identificación dos mil trescientos tres ochenta y tres mil novecientos cincuenta y cinco cero ciento uno (2303839550101).

b) (...), de nueve años de edad, nació el dos de mayo de dos mil nueve, hijo de (...) y (...), según consta en certificado de nacimiento extendido por el Registro Civil de las Personas, del Registro Nacional de las Personas del departamento de Guatemala, identificado con el código único de identificación dos mil cuarenta y uno cero dos mil trescientos dieciséis cero ciento uno (2041-023160101).

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez de la Causa, en la sentencia recurrida, DECLARÓ: "... I) violación a los derechos humanos de los niños (...) y (...); específicamente en sus derechos a la estabilidad de la familia, a ser protegidos contra toda forma de maltrato y sus modalidades de descuidos o tratos

negligentes y de abuso emocional, vulneración de derechos humanos responsabilidad de la abuela materna, señora (...). II) En cuanto a lo solicitado por la señora (...) y su Abogada Directora en cuanto a sus peticiones, no ha lugar; III) No ha lugar por improcedente, la recusación presentada en contra del Juzgador por la señora (...), por las razones expuestas en la audiencia definitiva correspondiente; IV) Se confirma el abrigo en forma definitiva de los niños (...) y (...) en familia biológica con el progenitor, señor (...), bajo estricta declaratoria de responsabilidad de su cuidado integral; V) Se ordena que los niños de merito reciban las atenciones necesarias y oportunas de acuerdo a su edad y condición, se les garantice su derecho a la salud y educación, que continúen cursando el presente ciclo escolar, se les brinde terapia psicológica y deben presentar las constancias de asistencia respectivas a este juzgado; VI) Se ordena que la señora (...) y el señor (...), continúen recibiendo y concluyan los programas de terapia psicológica y escuela para padres de familia, deben presentar las constancias de asistencia respectivas a este Juzgado; VII) Se ordena la convivencia o relación familiar de los niños de mérito con la abuela materna y que la misma se lleve a cabo en APIF, bajo supervisión respectiva, respetando las reglas de convivencia social y evitando en todo momento la vulneración a los derechos humanos de los niños de mérito, librese oficio respectivo a dicha institución a efecto de que remitan informe mensual del resultado de dicha convivencia; VIII) Se amonesta a la señora (...) por la vulneración de derechos humanos cometida en contra de los niños de merito..".

II.- DE LA AUDIENCIA ORAL Y PRIVADA: La audiencia oral y privada de segunda instancia, se llevó a cabo el diecisiete de julio del año dos mil dieciocho a las diez horas con treinta minutos, en la cual los sujetos procesales hicieron las argumentaciones que consideraron pertinentes.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado es garantizar la correcta aplicación de la justicia, mediante la cual se logra el desarrollo integral de la persona, dentro del marco del respeto de las Garantías y Derechos Fundamentales inherentes a las partes y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada por la ley adjetiva a las partes, el cual se hace efectivo mediante el Recurso de Apelación; tomando en consideración que es función de este órgano colegiado conocer y resolver los Recursos de Apelación que se interpongan y que la ley faculta realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia y dictar el fallo que se ajuste a las pretensiones de las partes procesales, garantizando la seguridad en la aplicación de la justicia, obteniendo con ello la paz social.

CONSIDERANDO II

La interponente (...), manifiesta sus agravios y expresa: “... *Me declara como responsable de la violación de los derechos humanos de los niños (...) y (...), este último sin ser sujeto de proceso, aún de contar el Juez con dictamen medico legal que concluye que el menor (...), no presenta signos clínicos de maltrato infantil: confirma el abrigo definitivo del menor (...), en familia biológica con el progenitor (...), cuando el dictamen pericial genético aludido anteriormente, excluye al señor (...), como padre biológico de mi nieto (...).*... No existe violación a los derechos humanos del niño (...), por parte de la señora (...): *Se confirma el abrigo en forma definitiva del niño (...), en familia biológica con su abuela materna (...).*”.

CONSIDERANDO III

Este Tribunal de alzada, al realizar el análisis, estudio de las actuaciones y confrontación de los argumentos vertidos por el recurrente considera:

En relación al primer agravio argumentado por la apelante que se refiere a que no ha vulnerado de los **derechos humanos de (...)**, previamente es oportuno considerar que, los Convenios Internacionales en materia de niñez y adolescencia, reafirman el reconocimiento de los niños como personas y para comprender el sentido y trascendencia del principio del interés superior del niño, contienen una lista de los derechos que les asisten por las particulares condiciones de vida de la infancia/adolescencia; asimismo desarrollan principios que regulan su protección. El sistema de la protección integral de derechos humanos de los niños surge de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y está contemplada en la normativa nacional la cual preceptúa que los derechos deben ser respetados y aplicados en todo proceso de niñez que se encuentre sujeto a protección; el artículo 9 numeral

1) de la referida Convención, establece que el niño o niña no deberá ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, únicamente cuando se compruebe que es estrictamente necesario y que es la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño. Las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, tienen por objeto reducir o mitigar las limitaciones que tengan las personas por razones de edad, sexo, género, estado físico o mental y garantiza el acceso efectivo a la justicia, sin discriminación alguna, por lo tanto los países elaborarán políticas

que permitan el goce de los servicios del sistema judicial, puesto que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por los órganos del sistema de justicia en consideración con su desarrollo evolutivo; esta Sala advierte que la normativa nacional e internacional fue observada durante la dilación del procedimiento de protección, como se verifica en el estudio de la carpeta judicial por lo que a la apelante no le asiste la razón, toda vez que el Juez A quo, le otorga valor probatorio al informe psicológico rendido por la Procuraduría General de la Nación practicado a los niños (...) y (...), el cual utiliza para otorgarle fundamento fáctico a la decisión por el dictada, ya que de dicho informe se extrae que los niños protegidos no se sienten bien cuando se encuentran con la abuela paterna, manifestando que “*Los niños muestran un semblante de tristeza y apatía cuando mencionan a la abuela materna*”; el juzgador de manera correcta expresa que la función de los abuelos en la dinámica familiar tiene un papel preponderante, ya que de estos se pueden recibir muchos valores paterno-filiales, sin embargo cuando dicha relación no es bien recibida por los protegidos, la misma solamente perjudica a los niños, criterio que este Tribunal comparte y es por ello es que el juzgador en el numeral romano VII) de la sentencia ahora recurrida ordenó: “... *Se ordena la convivencia o relación familiar de los niños de mérito con la abuela materna y que la misma se lleve acabo en APIF (sic), bajo supervisión respectiva, respetando las reglas de convivencia social y evitando en todo momento la vulneración a los derechos humanos de los niños de mérito...*”; la relación del niño protegido con su abuela materna y la decisión de que sea SUPERVISADA, a efecto de fortalecer lazos afectivos que ya existen, es la acertada ya que cuando por situaciones especiales y por la gravedad de los efectos que cause en el niño o niña la separación de uno de sus padres, (en el caso que nos ocupa por fallecimiento de la progenitora) se cuidará que se conserven las relaciones familiares con todos sus parientes, se vigilará porque se respete y cumpla con la periodicidad y la duración de las visitas que se ordenen; aunado a lo anterior todo niño o niña tiene derecho natural a convivir con sus familiares, derecho que no puede ser vulnerado, es por esa razón que, cuando por razones diversas, existe desintegración del hogar, a los jueces les corresponde minimizar los efectos perjudiciales que tales situaciones pueden tener sobre la niñez, procurando dentro de lo que fuere posible, mantener las relaciones con sus abuelos maternos, situación que sucede en la tramitación del presente proceso de protección ya que se ha velado por proteger los

derechos fundamentales de los protegidos. Es por lo anteriormente considerado que no se acoge, por este agravio el recurso planteado.

En relación al argumento de confirmar el abrigo definitivo del niño protegido con el progenitor, no obstante que el dictamen pericial de perfil genético lo excluye como padre biológico, al respecto se considera que los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial, se aplican a todos por igual y constituyen un conjunto de garantías que deben respetar los funcionarios estatales, el Estado debe ser respetuoso del interés superior, enfatizando su protección y limitando su intervención, que será en última instancia cuando se evidencia que han fracasado los esfuerzos de la familia por proteger al núcleo familiar. La Constitución Política reconoce que la familia constituye la fuente principal para la cimentar valores morales en la sociedad, porque es su sostén, es el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en el artículo 47 se garantiza la protección estatal, jurídica de la familia y se concretará por intermedio de los órganos jurisdiccionales competentes, es por esto que dentro del proceso de protección es donde el juzgador debe de materializar dicha protección, dictando todas aquellas medidas que considere necesarias para el bienestar de los protegidos, es en este punto donde los que ahora juzgamos, establecemos que se ordena, tanto a la abuela materna, como al progenitor que continúen y concluyan los programas de terapia psicológica y escuela para padres de familia, que se respeten las reglas de convivencia y que con el cumplimiento de la orden judicial se den relaciones familiares en forma apropiada, para beneficio de los niños de mérito, con el objeto de reducir las repercusiones que la ausencia por el fallecimiento de la progenitora les ocasiona y ante la vulneración de los derechos declaró la colocación definitiva de los niños (...) y (...) al lado de su progenitor señor (...) porque de conformidad con la prueba numerada diez del apartado MEDIOS DE CONVICCIÓN Y DE PRUEBA APORTADOS, INCORPORADOS Y VALORADOS O NO POR EL JUZGADOR CON BASE A LA SANA CRÍTICA RAZONADA, consideró: “... *Certificado de nacimiento perteneciente al niño (...), extendido por el Registro Nacional de las Personas de Guatemala, ya que determina la identidad de uno de los niños protegidos, el lugar y fecha de su nacimiento y el nombre de sus progenitores...*”, de donde se verifica la correcta aplicación del interés superior del niño, ya que el juzgador priva dicho interés sobre cualquier otro al ordenar el abrigo definitivo

de los protegidos al lado del progenitor, en dicha certificación, la cual no ha sufrido impugnación alguna, constan los nombres de los progenitores por lo cual al señor (...) le asiste el derecho de responsabilizarse de su hijo, al ser considerado como recurso familiar idóneo y dado el derecho de opinión del niño protegido, quien manifestó que quiere convivir con su padre, verificándose la correcta aplicación del interés superior del niño, ya que el juzgador privilegió ese derecho sobre cualquier otro, al ordenar el abrigo definitivo de los niños protegidos al lado de su progenitor, quien esta obligado a dar orientación, educación y velar por el desarrollo integral de sus hijos, por lo que este Tribunal considera que lo dispuesto en el numeral romanos IV) de la sentencia recurrida, se encuentra apegado a derecho ya que se han observando únicamente los principios que inciden en beneficio de los niños protegidos y privilegiando sus los intereses frente a otras consideraciones, garantizando así el dictado de una resolución que les beneficia, impidiendo que predominen los intereses de los adultos, manteniendo la calidad de las relaciones familiares y la necesidad de conservarlas, al considerarlas imprescindibles dentro de una formación integral de la niñez y adolescencia, para preservar los apegos emocionales entre estos, por lo que por este agravio no se acoge la acción intentada.

CITA DE LEYES: Los citados y 1, 2, 3, 12, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 51, 52, 71, 86, 87, 88, 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala con base en lo considerado y leyes citadas al resolver DECLARA: I.- Sin Lugar el recurso de apelación presentado por (...), contra la sentencia de fecha veinticuatro de abril del año dos mil dieciocho dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana; **II.-** En consecuencia se confirma la sentencia venida en grado; **III.-** Con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al juzgado de origen. Notifíquese.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

24/07/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA -
1404-2017

01196-2017-01404 Of. 2°. SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Guatemala, veinticuatro de julio del año dos mil dieciocho.

I) Se integra el Tribunal con los Suscritos; II) EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar **SENTENCIA** de segundo grado, que resuelve el recurso de apelación presentado por; (...), contra la sentencia de dieciocho de abril del año dos mil dieciocho, dictada por el Juez del Juzgado de Primera instancia de la Niñez y la Adolescencia del Área Metropolitana con sede en esta ciudad, dentro del proceso de protección tramitado a favor de los niños (...), (...), (...) y (...), todos de apellidos (...).

I. IDENTIFICACION DE LAS PARTES PROCESALES:

A) Niña: (...): nació el veinticuatro de julio del año dos mil diez, en el municipio y departamento de Guatemala, hija de (...) y (...) (sic) (...), según copia de certificación de nacimiento, código único de identificación dos, uno, tres, nueve, uno, siete, nueve, uno, dos, cero, uno, cero, uno, (2139179120101), la cual obra a folio cuatro de la pieza de primer grado.

B) Niño: (...): nació el veinticinco de agosto de dos mil doce, en el municipio y departamento de Guatemala, hijo de (...) y (...) (sic) (...), según copia de certificación de nacimiento, código único de identificación dos, cinco, dos, tres, seis, cuatro, dos, tres, seis, cero, uno, cero, uno (2523642360101), la cual obra a folio cinco de la pieza de primer grado.

C) Niño: (...): nació el ocho de diciembre de dos mil catorce, en el municipio y departamento de Guatemala, hijo de (...) y (...) (sic) (...), según copia de certificación de nacimiento, código único de identificación tres, cuatro, nueve, dos, ocho, uno, cuatro, cuatro, cero, cero, uno, cero, uno (3492814400101), la cual obra a folio seis de la pieza de primer grado.

D) Niña: (...), nació el ocho de diciembre de dos mil catorce, en el municipio y departamento de Guatemala, hijo de (...) y (...) (sic) (...), según copia de certificación de nacimiento, código único

de identificación tres, cuatro, nueve, dos, ocho, uno, cuatro, cinco, nueve, cero, uno, cero, uno (3492814590101), la cual obra a folio siete de la pieza de primer grado.

E) (...); (progenitora).

C) (...); (progenitor).

D) Elida Francisca Salguero Carías de Jiménez (delegada de la Procuraduría general de la nación).

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez del Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana con sede en esta ciudad, en sentencia de fecha dieciocho de abril del año dos mil dieciocho, **DECLARÓ:** “(...) **I) Violación a los derechos humanos de los niños (...), (...), (...) y (...), específicamente a la integridad personal, al respecto, dignidad, estabilidad de la familia, derecho a ser protegidos contra toda forma de maltrato en su modalidad de descuidos o tratos negligentes, abuso emocional, en relación a la niña (...), además de los derechos ya indicados el derecho a ser protegida contra toda forma de abuso sexual, derechos vulnerados por ambos progenitores, los señores (...)(sic) y (...), a excepción del abuso sexual el cual se determinará en el Juzgado Penal correspondiente. II) Se revoca el abrigo en forma provisional de los niños (...), (...), (...) y (...) al lado de la señora (...), en consecuencia se ordena el abrigo definitivo de los niños (...), (...), (...) y (...) con la señora (...), en calidad de familia ampliada por ser su abuela paterna, con el apoyo de la señora (...), bajo declaratoria de responsabilidad de su cuidado integral; III) Se ordena que los niños de mérito reciban las atenciones necesarias de acuerdo a su edad y condición se le garantice su derecho a la salud, se les continúe brindando a los niños (...) y (...) en forma constante terapia psicológica por lo que el profesional que atienda a los niños deberá rendir los informes respectivos a la sede de este Juzgado sobre los avances en cuanto al estado emocional de los mismos, así mismo, se ordena que los niños sigan cursando el presente ciclo escolar y se presenten las constancias respectivas; IV) Se ordena a los progenitores, tías maternas y paternas, así como la abuela paterna de los niños de mérito, que continúen recibiendo los programas de escuela de padres de familia y terapia psicológica, los progenitores deberán continuar su tratamiento en SECCATID y sean presentadas las constancias de asistencia respectivas; V) Se suspende por el momento la convivencia y/o relación de los niños de mérito con su progenitora la señora (...), hasta que se avance en el tratamiento psicológico de los niños de mérito; VI) Se autoriza la convivencia y/o relación de los**

niños de mérito con su progenitor, el señor (...), la cual queda bajo la estricta supervisión de la señora (...) E (...), de establecer algún tipo de negligencia se suspenderá la misma; **VII)** Se amonesta de forma verbal a los señores (...) y (...) por la vulneración a los derechos humanos que se establece en el presente caso en contra de los niños de mérito, **VIII)** Se ordena supervisión de las medidas, la cual queda a cargo de una Licenciada en Trabajo Social adscrita a este Juzgado por el plazo de dos meses, debiendo de rendir dos informes de supervisión de forma mensual, los cuales deberá de estar incorporados antes de la audiencia programada; **IX)** Se ordena certificar la parte conducente de las actuaciones al Ministerio Público a efecto de coadyuvar con la investigación dentro del proceso penal; **X)** Se señala Audiencia de Verificación de las Medidas para el día **QUINCE DE JUNIO DE DOS MIL DIECIOCHO A LAS ONCE HORAS CON TREINTA MINUTOS. XI)** En cuanto al recurso de Revocatoria interpuesta (sic) por la Abogada directora **MARLENY YAMMILETH GÁMEZ OAJACA**, no ha lugar por no ser el recurso idóneo; **XII)** Se ordena incorporar los documentos e informes presentados en audiencia; **XIII)** NOTIFÍQUESE.

III. DE LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACION:

Fue interpuesto por (...); contra la sentencia de dieciocho de abril de dos mil dieciocho, dictada por el Juez del Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia de la Niñez la Adolescencia del Área Metropolitana.

DE LA VISTA ORAL Y RESERVADA: La audiencia de Apelación señalada se llevó a cabo el día y hora señalados, a la cual comparecieron los sujetos procesales hicieron las alegaciones que consideraron pertinentes.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado, es garantizar la correcta aplicación de la justicia, y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada a las partes, haciéndose efectivo mediante el planteamiento del Recurso de Apelación; teniendo en consideración que es función de este órgano colegiado, conocer y resolver los recursos que se interpongan, que la ley faculta al órgano de alzada a realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia estrictamente en los motivos que inspiran la acción recursiva y dictar el fallo que se ajuste a las pretensiones de las partes, con el objeto de garantizar seguridad en la aplicación de la justicia, para procurar la paz social.

CONSIDERANDO II

Manifiesta la interponente del Recurso de Apelación; que no se encuentra de acuerdo con la sentencia apelada argumentando que: **“PUNTOS DE LA RESOLUCION QUE SE IPUGNA: Impugno la resolución de fecha dieciocho de abril del año dos mil dieciocho que declara en el numeral romano uno: I)** «Violación a los derechos humanos de los niños (...), (...), (...) y (...), específicamente a la integridad personal, al respecto, dignidad, estabilidad de la familia, derecho a ser protegidos contra toda forma de maltrato en su modalidad de descuidos o tratos negligentes, abuso emocional, en relación a la niña (...), además de los derechos ya indicados el derecho a ser protegida contra toda forma de abuso sexual, derechos vulnerados por ambos progenitores, los señores (...) (sic) y (...), a excepción del abuso sexual el cual se determinará en el Juzgado Penal correspondiente» ... la presunta violación a los derechos de los niños no se pudo probar, toda vez que en los diferentes dictámenes ... realizados en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses, ... se puede apreciar que en todos concluyen los peritos que se encuentran en buen estado de salud y que su desarrollo está de acuerdo a su edad. Además que a ambos padres se les declaró la vulneración de los derechos de los niños, sin embargo solo a mí se me niega el derecho de la relación familiar, el cual es un derecho de doble vía, ya que los niños también tienen derecho a relacionarse con sus padres, como lo indica el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño. **Así mismo el señor Juez DECLARA: II)** « Se revoca el abrigo en forma provisional de los niños (...), (...), (...) y (...) al lado de la señora (...), en consecuencia se ordena el abrigo definitivo de los niños (...), (...), (...) y (...) con la señora (...), en calidad de familia ampliada por ser su abuela paterna, con el apoyo de la señora (...), bajo declaratoria de responsabilidad de su cuidado integral» ... se declara el abrigo definitivo en la abuela paterna...; a pesar de que ella declaró que no contaba con el espacio necesario para instalar a los niños en su casa; el representante de la Procuraduría General de la Nación, recomienda que la abuela acomode un espacio para los niños de mérito,..., estamos hablando de cuatro niños...; **SIN EMBARGO LA DECLARÓ ELEGIBLE COMO FAMILIA AMPLIADA... el señor Juez DECLARA: V** «Se suspende por el momento la convivencia y/o relación de los niños de mérito con su progenitora la señora (...), hasta que avance el tratamiento psicológico de los niños de mérito» se ordenó que tuviera convivencia supervisada en ACRECER... sin embargo los encargados de los niños no cumplen con llevar a los niños a dicha institución... vedando el derecho el derecho de los niños a relacionarse con su madre, como lo estipula la Convención de Derechos del Niño en su artículo... **Así mismo el señor Juez Declara: VI** «Se autoriza la convivencia y/o relación de los niños de mérito con su progenitor,..., la cual queda bajo estricta

supervisión de la señora (...) e (...), de establecer algún tipo de negligencia se suspenderá la misma» Sin embargo se amonesta a ambos padres de la vulneración de los derechos humanos de los niños de mérito; sin embargo al padre... si se le autoriza la relación familiar y la madre que ha demostrado que no consume drogas, que ha cumplido con lo ordenado por el Juzgado..., no es justo..., he cumplido con terapias psicológicas, he cumplido con la escuela de padres no he faltado a las audiencias,...” En memorial de ampliación del recurso la progenitora indica como agravio que: “el señor Juez,... no observó los Artículos 1, 5... 9... 11... 18 ... 123 inciso c) ...de la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, así también infringió el artículo 11bis del Código Procesal Penal que establece como requisito la fundamentación y al incumplirse con ello se vulnera por ende el debido proceso... EL AGRAVIO QUE SUFRE es que al analizar que la sentencia carece de fundamentación al no indicar de forma clara y precisa con argumentos propios a manera de ser comprendida por todos los que la lean refiriéndose al hecho y al derecho motivo de la resolución...” Por lo que solicita se declare con lugar el recurso de apelación interpuesto.

CONSIDERANDO III

Este Tribunal al analizar los argumentos expuestos por la apelante, la sentencia recurrida, memorial de apelación y antecedentes de primer grado, se estima que lo plantea por los agravios siguientes: **a) Que no se han observado los artículos 1, 5... 9... 11... 18 ... 123 inciso c) ...de la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; b) que la sentencia carece de fundamentación al no indicar de forma clara y precisa con argumentos propios a manera de ser comprendida por todos los que la lean refiriéndose al hecho y al derecho motivo de la resolución.**

Referente a lo manifestado por la parte apelante de que: **a) Que no se han observado los artículos 1, 5, 9, 11, 18, 123 inciso c) de la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia;** es pertinente hacer mención que de conformidad con el artículo 123 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la prueba se valora por los juzgadores especializados de conformidad con la sana crítica, es decir el juzgador de la causa debe hacer la declaratoria no solamente tomando en cuenta los medios de prueba aportados, sino también realizar una integración oportuna del principio del interés superior del niño el cual se consagra en el artículo 5 del la Ley de la materia que además del derecho de opinión de los protegidos lleva implícito el fin primordial de la legislación en materia de niñez y adolescencia que es lograr su desarrollo sostenible e integral como lo regula el artículo 1 del decreto 27-

2003 del Congreso de la República de Guatemala, así mismo hizo acopio de la información presentada para determinar tal como lo regula el artículo 18 de la Ley citada, un recurso dentro de la propia familia biológica de los infantes, ordenó a los progenitores asistir a programas con el objeto de que los niños y niñas objeto de protección puedan volver a tener una estabilidad familiar ello con el objeto de salvaguardar lo estipulado en el artículo 19 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la normativa propia de la materia estima que, los medios de prueba deben ser valorados de conformidad con la sana crítica razonada, no se puede determinar en los argumentos del apelante que reglas fueron indebidamente interpretadas o aplicadas dentro de la sentencia de mérito respecto de los medios probatorios, se determina por el contrario que, fueron valorados en concordancia con las leyes supremas del pensamiento y que se hizo acopio de cada uno de los informes presentados por los profesionales y se concluyó que efectivamente han sido vulnerados los derechos de los niños protegidos, es importante mencionar que los artículos 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, los cuales regulan el interés superior del niño como el postulado principal en materia de Niñez y Adolescencia, lo que implica que la decisión del Juzgador no debe realizarse de forma abrupta ni antojadiza, sino en base a lo informado por los profesionales por los cuales es auxiliado, ello de conformidad con la ley, pues la misma no se debe supeditar al interés de alguna persona sino ir encaminada a tomar la mejor decisión para el desarrollo integral de los protegidos, ya que, es por ello que para dictar su fallo el juez de la causa, valoró los medios de prueba y en consecuencia hizo la declaratoria correspondiente, el juez de autos consideró que por la misma inestabilidad familiar, las diferencias que han existido, el descuido al que se vieron expuestos los infantes su emocionalidad se ha visto afectada. Careciendo de sustento lo manifestado por la apelante, por lo que respecto de este agravio el recurso de apelación debe ser declarado sin lugar.

En relación a: **b) que la sentencia carece de fundamentación al no indicar de forma clara y precisa con argumentos propios a manera de ser comprendida por todos los que la lean refiriéndose al hecho y al derecho motivo de la resolución;** como punto de partida es importante traer a la vista lo plasmado por el juez de autos en la sentencia de mérito en la cual se indica: (folio trescientos cuatro reverso trescientos cinco anverso y reverso)

“CONSIDERACIONES DE DERECHO QUE HARÁN MÉRITO DEL VALOR DE LAS PRUEBAS RENDIDAS: La constitución Política de la República de Guatemala, establece en su artículo 51 El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad... Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social... La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece en su artículo 5 El interés superior del niño es una garantía..., Artículo 11. Integridad..., Artículo 15. Respeto... Artículo 16. Dignidad... Artículo 19. Estabilidad de la familia... Artículo 53. Maltrato y agravios... Artículo 54 Obligación Estatal... Convención de los Derechos del Niño... Artículo 1...”; asimismo en el documento sentencial se plasma por el juez de autos (folio trescientos veintitrés reverso y trescientos veinticuatro anverso) *“...En el caso que se juzga, tomando en cuenta el «Interés Superior del Niño» como un principio garantista,... De acuerdo a la valoración que el juzgador hizo de los medios de convicción que fueron aportados al proceso, en uso de la sana crítica razonada como lo faculta la ley de la materia, procede al análisis correspondiente para establecer si existe una Amenaza o Violación de los Derechos Humanos de los niños...Integridad Personal, regulado en el artículo 11 de la Ley., como ya fue enunciado su contenido en las consideraciones de derecho del presente fallo, porque quedaron evidenciadas las formas de descuido, abandono y negligencia, como también tratos inhumanos y degradantes a que han sido sometidos los niños... por parte de sus propios progenitores..., quienes con su descuido, abandono, negligencia, e irresponsabilidad en la situación de sus hijos, les han provocado una serie de graves violaciones a sus derechos humanos...”;* (folio trescientos veinticinco anverso y reverso) *“... Derecho a la Protección por el Maltrato en sus modalidades de Abuso Sexual para la niña (...), Descuidos o Tratos Negligentes y Abuso Emocional, ...Modalidad de Abuso Sexual, en contra de la niña ..., el cual fue cometido por personas que abusando de su poder de relación o confianza, la sometieron a situaciones de contenido sexual, lo que puede ser determinado por el Dictamen Pericial de fecha once de septiembre del año dos mil diecisiete,...”.* A tenor de lo anterior se puede determinar que existen consideraciones de hecho y de derecho que fundamentan la forma en la cual resolvió el juez, se ha podido determinar que en el documento sentencial el Juez A-quo hizo las consideraciones que a su criterio fundamentaron la declaratoria de vulneración de los derechos de los protegidos, se pudo determinar al analizar el fallo que consta en el mismo las argumentaciones fácticos, que hacen concluir al juzgador quien

fue el responsable de dichas vulneraciones, dictó la resolución que estimó pertinente contra los responsables y tomó las medidas pertinentes para que no se repitan las vulneraciones a los derechos humanos de los niños en protección, siendo dentro de dichas medidas el tratamiento psicológico a favor de los protegidos, el cual al avanzar y en la revisión de las medidas pertinentes proveerán el acercamiento de la progenitora con los niños, potenciando el juzgador siempre el derecho de los niños, siendo falaz la argumentación de la recurrente de que se le está vedando la relación con los niños, sino que derivado de los acontecimientos que suscitaron el proceso es necesario y primordial la atención del bienestar físico y emocional de los protegidos, lo cual fue considerado por el juez de autos al momento de dictar la resolución hoy impugnada, es por ello que este Tribunal estima que en cuanto a este motivo el recurso de apelación debe ser declarado sin lugar.

Este Tribunal estima de conformidad con lo anteriormente considerado que el recurso de apelación planteado debe ser declarado sin lugar, como se hará constar en la parte dispositiva del presente fallo.

LEYES APLICABLES: Las citadas y lo que para el efecto establecen los artículos 44, 51, 54, 203, 204 y 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 6, 8, 11, 13, 14, 15 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130, 140, 141 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 88, 141, 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con base en lo considerado, interés superior del niño y leyes citadas al resolver **DECLARA: I)** Sin lugar el recurso de apelación presentado por; (...), contra la sentencia de dieciocho de abril del año dos mil dieciocho, dictada por el Juez del Juzgado de Primera instancia de la Niñez y la Adolescencia del Área Metropolitana con sede en esta ciudad; **II)** En consecuencia se confirma el fallo impugnado; **III)** Notifíquese y con certificación de lo resuelto, vuelvan los antecedentes al Juzgado de origen.

Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Presidente; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Primero; Joaquín Medina Bermejo, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

10/08/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA -
232-2018

01174-2018-00232 Of. 2°. SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Guatemala, diez de agosto del año dos mil dieciocho.

I) EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar **SENTENCIA** de segundo grado, que resuelve el recurso de apelación presentado por; (...), contra la sentencia de veintiocho de mayo del año dos mil dieciocho, dictada por el Juez del Juzgado de Primera instancia de la Niñez y la Adolescencia del Área Metropolitana con sede en esta ciudad, dentro del proceso de protección tramitado a favor del niño (...).

I. IDENTIFICACION DE LAS PARTES PROCESALES:

A) Niño: (...): nació el veintiuno de julio de dos mil seis, en Cepar Aprofam en el municipio y departamento de Guatemala hijo de (...) y de (...), partida ciento cuarenta y cuatro (144) folio ciento cuarenta y cuatro (144) del libro setecientos noventa y uno diagonal N (791/N) la cual obra a folio cuatro de la pieza de primer grado.

B) (...); (progenitora).

C) (...); (progenitor).

D) Procuraduría General de la Nación;

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez del Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana con sede en esta ciudad, en sentencia de fecha veintiocho de mayo del año dos mil dieciocho, **DECLARÓ:** "(...) *La vulneración al derecho a la protección por el maltrato en su modalidad de abuso emocional a la protección por el maltrato en su modalidad de abuso emocional del niño (...), para restituir los derechos conculcados se dictan las siguientes medidas de protección: I) Se confirma la permanencia del niño (...) con el señor (...) en calidad de familia biológica por ser su progenitor, bajo declaratoria de responsabilidad, su cuidado, protección, educación para que alcance su desarrollo integral. Bajo las condiciones: a) Se ordena que el niño (...) continúe estudiando el presente ciclo lectivo debiendo presentar constancias en la próxima*

audiencia. b) Se ordena que el niño (...) reciba tratamiento psicológico con el objetivo de guiarle en la superación asertiva los hechos que ha vivido, para que se influya en su bienestar integral, tratamiento cuya duración dependerá tanto de la metodología psicoterapéutica del psicólogo tratante y de la evolución del propio caso, debiendo presentar constancias en la próxima audiencia. c) Se ordena que los progenitores señores (...) y (...) y el niño (...) reciban terapias psicológicas para mejorar la relación familiar, debiendo presentar constancia en la próxima audiencia. II) Se deja sin efecto la asistencia a la Institución APIF. III) Se insta a los progenitores que se pongan de acuerdo para las visitas de la progenitora (...) con el niño (...), durante el día como lo sugieren los psicólogos de APIF, de no ponerse de acuerdo los progenitores deberán, acudir a la vía legal correspondiente en un Juzgado de Familia a ejercer su pretensión. IV) SE SEÑALA AUDIENCIA DE VERIFICACIÓN DE LA MEDIDA PARA EL VEINTE DE JULIO DEL AÑO DOS MIL DIECIOCHO A LAS ONCE HORAS; V) A costa de los interesados se extenderán certificaciones el fallo. Notifíquese(...)".

III. DE LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACION:

Fue interpuesto por (...); contra la sentencia de veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, dictada por el Juez del Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia de la Niñez la Adolescencia del Área Metropolitana.

DE LA VISTA ORAL Y RESERVADA: La audiencia de Apelación señalada se llevó a cabo el día y hora señalados, a la cual comparecieron los sujetos procesales, hicieron las alegaciones que consideraron pertinentes, Procuraduría General de la Nación substituyó su participación en forma escrita.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado, es garantizar la correcta aplicación de la justicia, y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada a las partes, haciéndose efectivo mediante el planteamiento del Recurso de Apelación; teniendo en consideración que es función de este órgano colegiado, conocer y resolver los recursos que se interpongan, que la ley faculta al órgano de alzada a realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia estrictamente en los motivos que inspiran la acción recursiva y dictar el fallo que se ajuste a las pretensiones de las partes, con el objeto de garantizar seguridad en la aplicación de la justicia, para procurar la paz social.

CONSIDERANDO II

Manifiesta la parte interponente del Recurso de Apelación; que no se encuentra de acuerdo con la sentencia apelada argumentando que: “(...) a-(...) en lo que concierne al numeral Romanos II) «se deja sin efecto la asistencia a la Institución APIF.» Lo anterior me causa agravio a mi y a mi hijo, pues fue esta Institución la que informo de las veces que asistimos a la misma, mi hijo, yo como su padre así como también su madre quien fue la denunciada, dicha Institución indico(sic) que era necesario se siguiera con dichas terapias para mejorar la relación entre mi hijo y la mama.(...) b- (...) me causa agravio el numeral Romanos III de la sentencia aquí identificada « Se insta a los progenitores que se pongan de acuerdo para las visitas de la progenitora (...) con el niño (...), durante el día como lo sugieren los psicólogos de APIF, de no ponerse de acuerdo los progenitores deberán, acudir a la vía legal correspondiente, en un Juzgado de Familia a ejercer su pretencion(sic)» Lo anterior me causa agravio pues fue precisamente el hecho de no ponernos de acuerdo con las visitas, lo que motivo que el Juez aquí relacionada ordenara que las visitas de la madre fueran a travez(sic) de la Institución APIF. (...) Por lo que solicito que dichas visitas sean a travez(sic) de la institución PIF, lugar en donde se venían llevando. c- Asimismo porque en la sentencia del Juez no se tomo en cuenta el informe de INACIF, el cual obra en el expediente de merito, (...) de fecha tres de abril de dos mil dieciocho emitido por la Licenciada Mirna Vanessa Lopez(sic) Sandoval. d- También solicito se tome en cuenta lo manifestado en el audio de la última audiencia en donde la señora (...), afirma su inclinación hacia las personas de su mismo sexo (...) Por lo que solicita se declare con lugar el recurso de apelación interpuesto.

CONSIDERANDO III

Este Tribunal al analizar los argumentos expuestos por la apelante, la sentencia recurrida, memorial de apelación y antecedentes de primer grado, se estima que lo plantea por los agravios siguientes: **a) Dejar sin efecto la asistencia a la Institución APIF; b) ordenar que los progenitores se pongan de acuerdo en relación a las visitas de la progenitora con el niño protegido y que de no ponerse de acuerdo acudan a la Jurisdicción de Familia; c) Que no se tomó en cuenta el informe del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, de fecha tres de abril del dos mil dieciocho, emitido por la Licenciada Mirna Vanessa López Sandoval; d) Que se tome en cuenta que la progenitora afirmó gustar de personas de su mismo sexo. a)** Referente a lo manifestado por la parte apelante de que le causa agravio: **que el juez haya dejado sin efecto la asistencia a la Institución**

Para la Integración Familiar (APIF); es pertinente hacer mención que de conformidad con el artículo 123 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la prueba se valora por los juzgadores especializados de conformidad con la sana crítica, es decir el juzgador de la causa debe hacer la declaratoria no solamente tomando en cuenta los medios de prueba aportados, sino también realizar una integración oportuna del principio del interés superior del niño el cual se consagra en el artículo 5 del la Ley de la materia que además del derecho de opinión de los protegidos lleva implícito el fin primordial de la legislación en materia de niñez y adolescencia que es lograr su desarrollo sostenible e integral como lo regula el artículo 1 del decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, al punto es importante traer a la vista lo considerado por el Juzgador en la sentencia de mérito en la cual plasmó (folio cincuenta y dos anverso y reverso) “(...) INDICIOS DE PRUEBA APORTADOS AL PRESENTE PROCESO. a- (...); b- (...); c- (...); d- (...); e- (...); f- (...); g- (...); h- (...); i- (...); j- (...); k- (...) l- (...); m- (...); n- (...); ñ.- Informe de Terapia Familiar de fecha veinticinco de mayo de dos mil dieciocho relacionado con el niño (...) emitido por la Licenciada Adelfa Juárez Velásquez, Terapeuta Familiar, Asociación para la Integración Familiar, Hogar Amigos de la Familia -APIF- (...)”; asimismo en el documento sentencial el juzgador al considerar la medida para restituir los derechos del niño, indicó la recomendación de la terapeuta citada: (folio cincuenta y cinco pieza de primer grado) “(...)se recomienda se le brinde la oportunidad a la señora Cuadra de relacionarse con su menor(sic) hijo, en forma libre ya que durante las visitas se pudo observar la buena identificación de ambos, considerando además la decisión del menor(sic) en desear relacionarse con ella únicamente durante el día(...)”; lo anteriormente relacionado en el documento sentencial permite verificar a este Tribunal, que el Juez de autos tomó la decisión con base en los informes relacionados y la opinión del niño, por lo cual referente a este motivo se debe declarar sin lugar el recurso de apelación planteado.

b) En cuanto a que le causa agravio que el juez haya ordenado que los progenitores se pongan de acuerdo en relación a las visitas de la progenitora con el niño protegido y que de no ponerse de acuerdo acudan a la Jurisdicción de Familia; Es importante indicar que el Juzgador resolvió que son los progenitores por ser las personas más adecuadas a las que les corresponde determinar y coordinar las horas, días, fechas y lugares más convenientes para que se de la relación del niño protegido con su madre, pues son estos quienes deben ser los más interesados en el bienestar del niño, porque la materia de la niñez

y adolescencia reviste de una especial atención pues los intereses de adultos quedan supeditados a que cada órgano estatal y persona particular decida lo mejor, poniendo como pilar fundamental el interés superior del niño, es por ello que si los progenitores del niño (...) no logran ponerse de acuerdo deben comparecer a la Jurisdicción de Familia, pues de conformidad con la Ley son los órganos especializados en resolver lo relativo a las relaciones familiares, ello de conformidad con lo regulado en la ley de tribunales de familia, la cual en su artículo 1 preceptúa *"Se instituyen los Tribunales de Familia con jurisdicción privativa 1 para conocer en todos los asuntos relativos a la familia."*, si los progenitores no logran tomar una buena decisión a favor de su propio hijo, el progenitor que lo estime pertinente deberá comparecer ante los tribunales del ramo familiar a solicitar lo que consideren más beneficioso para el niño protegido, debido a ello en cuanto a lo manifestado por el recurrente por su notoria improcedencia, el recurso de apelación respecto de este motivo debe ser declarado sin lugar.

c) En relación a que no se tomó en cuenta el informe del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, de fecha tres de abril del dos mil dieciocho, emitido por la Licenciada Mirna Vanessa López Sandoval relativo al reconocimiento psicológico del niño protegido, como punto de partida para el análisis de este agravio es importante traer a la vista lo plasmado por el Juzgador de autos en la sentencia de primer grado (folio cincuenta y tres reverso) *"(...)lo anterior es congruente con el dictamen pericial de inacif que a folio veintinueve concluye que el niño narra una serie de eventos ante los cuales manifiesta que en algunas ocasiones en los días de convivencia la progenitora lo ha dejado al cuidado de otras personas(...), así como refiere eventos en donde esta lo ha decepcionado por su indiferencia hacia actividades escolares y de aprendizaje(...) por lo que es factible reconocer en el desconfianza y temor estando al lado de la progenitora. En su narrativa, se hace evidente que el niño se siente afectivamente querido y protegido por el progenitor(...); en ese sentido el Juez de autos en la parte declarativa de la sentencia de dictada declaró: (folio cincuenta y cinco reverso expediente de primer grado) (...) D Se confirma la permanencia del niño (...) con el señor (...) en calidad de familia biológica por ser su progenitor, bajo declaratoria de responsabilidad, su cuidado, protección, educación para que alcance su desarrollo integral(...)"*; por lo anteriormente relacionado, este Tribunal verifica que el Juez de autos valoró efectivamente el informe que aduce el recurrente como no tomado en cuenta argumento que no es cierto como se analizó, la medida que se dictó fue la de ordenar la permanencia

del protegido con su progenitor pues, el informe relacionado indica el sentido de protección del niño con su padre, siendo lógico lo decidido por el Juez *A-quo*, en virtud de lo anteriormente considerado, respecto de este agravio debe ser declarado sin lugar el recurso de apelación.

d) En cuanto a lo indicado por el apelante de que, se tome en cuenta la manifestación de la progenitora, quien afirmó gustar de personas de su mismo sexo. Al respecto es importante traer a capítulo lo regulado por la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 5, el cual establece: *"Liberta de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no le prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma."*, lo preceptuado en la norma citada es importante pues si bien es cierto la señora declara abiertamente su preferencia sexual, la misma no puede ser utilizada como un supuesto para valoración y que influya en la sentencia de primer grado, pues ello podría conllevar la comisión del delito de discriminación de conformidad a lo regulado en el artículo 202 Bis del Código Penal, lejos de centrarse el juzgador en los problemas propios de adultos que puedan surgir, verificó la potenciación del interés superior del niño protegido, es por ello que determinó por una parte la violentación a los derechos del protegido y dictó las medidas que garanticen que se le restituyan al niño sus derechos, no se puede determinar como un agravio el hecho que el juzgador haya actuado en estricto apego a la ley, es por ello que en cuanto a este agravio debe ser declarado sin lugar el recurso de apelación.

Este Tribunal estima de conformidad con lo anteriormente considerado que el recurso de apelación planteado debe ser declarado sin lugar, como se hará constar en la parte dispositiva del presente fallo.

LEYES APLICABLES: Las citadas y lo que para el efecto establecen los artículos 44, 51, 54, 203, 204 y 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 6, 8, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130, 140, 141 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 88, 141, 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con base en lo considerado, interés superior del niño y leyes

citadas al resolver DECLARA: **I)** Sin lugar el recurso de apelación presentado por; (...), contra la sentencia de veintiocho de mayo del año dos mil dieciocho, dictada por el Juez del Juzgado de Primera instancia de la Niñez y la Adolescencia del Área Metropolitana con sede en esta ciudad; **II)** En consecuencia se confirma el fallo impugnado; **III)** Notifíquese y con certificación de lo resuelto, vuelvan los antecedentes al Juzgado de origen.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

21/08/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - AMPARO - 60-2018

01015-2018-00060 Of. 5º. Not. 1ª. SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, CONSTITUIDA EN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AMPARO. Guatemala, veintiuno de agosto de dos mil dieciocho.

I.- Se tiene a la vista para resolver la Acción Constitucional de Amparo individualizada en el acápite;

I) ANTECEDENTES.

a) INTERPOSICIÓN Y AUTORIDAD RECLAMADA: La presente Acción Constitucional de Amparo, fue interpuesta por (...), en contra del Consejo Nacional de Adopciones.

b) TERCEROS INTERESADOS:

a) Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparo y Exhibición Personal, del Ministerio Público; b) Procuraduría General de la Nación; c) Procuraduría de los Derechos Humanos.

c) ACTO RECLAMADO: Manifiesta el amparista, que el acto reclamado lo constituye: *".... La resolución numero CNA-DG-FA-025-2018 dictada el día veintiséis de abril del año dos mil dieciocho, contenida dentro del expediente CNA-AN-109-2017 DEL CONSEJO NACIONAL DE ADOPCIONES, la cual es arbitraria y violatoria ya que en su parte conducente, y objeto de la presente Acción Constitucional de Amparo,*

EL CONSEJO NACIONAL DE ADOPCIONES, emite opinión PROFESIONAL DESFAVORABLE con respecto a mi idoneidad, por considerar que no es recomendable integrar a un niño saludable por medio de la adopción a la familia (...), en virtud que la solicitante en este momento no posee las condiciones socioeconómicas, ni estabilidad laboral para la satisfacción de las necesidades básicas de un niño, y tampoco poseo es poseo estabilidad emocional y capacidades parentales para la crianza de un niño saludable en el rango de edad de 3 a 5 años 0 meses, por lo que no cumplo con lo establecido en el artículo 4 de la ley de adopciones...."

d) USO DE PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS CONTRA EL ACTO RECLAMADO: manifiesta el amparista que *"...En contra del acto reclamado no existe recurso legal alguno susceptible de ser interpuesto, por lo que tiene el carácter de definitivo de acuerdo con lo que establece el artículo diez inciso d) y e) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el amparo procede: cuando la autoridad dicte resolución de cualquier naturaleza con abuso de poder o excediéndose de sus facultades; cuando en actuaciones administrativas se exija, el cumplimiento, de diligencias o actividades no razonables ilegales. Además conforme el artículo 28 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad inciso a) si del mantenimiento del acto o resolución resultare riesgo de la integridad personal,... por lo que el amparo procede de oficio...."*

e) CASOS DE PROCEDENCIA: De lo manifestado por el amparista se concluye que se refiere a lo dispuesto en las literales a), b) y d) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

f) LEYES QUE EL INTERPONENTE DENUNCIA COMO VIOLADAS:

Manifiesta la Interponente que, al emitir el acto reclamado, la autoridad impugnada vulneró los artículos 1, 2, 3 y 54 de la Constitución Política de la República de Guatemala; artículos 3 y 4 de la Ley de Adopciones.

g) REMISION DE ANTECEDENTES POR PARTE DE LA AUTORIDAD IMPUGNADA:

Con fecha cinco de julio de dos mil dieciocho se recibe informe circunstanciado y expediente administrativo identificado en este Tribunal con el número mil quince guión dos mil dieciocho guión trescientos noventa y ocho, los que sirven de antecedente a la presente acción constitucional y en

resolución de fecha seis de julio del presente año, se da recepción a los antecedentes de mérito y se otorga el amparo provisional, en virtud que las circunstancias del caso así lo ameritan.

II) TRÁMITE DEL AMPARO:

a) PRIMERA RESOLUCIÓN:

En resolución de fecha dos de julio del año dos mil dieciocho, resuelve dar por recibida las actuaciones, se forma el expediente respectivo y entre otras cosas, oficiar a la autoridad recurrida para que en el plazo de cuarenta y ocho horas, remita a este Tribunal Constitucional de Amparo, informe circunstanciado y expediente relacionado con el niño (...) y/o (...), el cual se identifica con el número CNA-AN-109-2017, dentro del cual se dictó resolución CNA-DG-FA-025-2018. En resolución de fecha seis de julio del mismo año, se dan por recibidos los antecedentes e informe circunstanciado y se otorga el amparo provisional.

b) PRIMERA AUDIENCIA.

Al evacuar la primera audiencia, conferida a las partes y terceros interesados, por el término de cuarenta y ocho horas, los mismos se pronunciaron de la siguiente forma:

- **Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público**, presentó su pronunciamiento, solicitó que se agregue a sus antecedentes el presente memorial y documento adjunto, se reconozca la personería con que actúa, así como que actuará bajo su propia dirección y procuración, que se tuviera por señalado el lugar para recibir notificaciones, que se tenga por evacuada la audiencia conferida y se abra a prueba el amparo planteado por el improrrogable término de ocho días.

- **Autoridad Impugnada**, presentado su pronunciamiento, solicitó que se agregue a sus antecedentes el presente memorial; se tenga por evacuada la audiencia conferida, se tome nota de la dirección señalada para recibir notificaciones y se revoqué el amparo provisional del acto otorgado.

- **Amparista**, no evacuó la audiencia conferida.

- **Procuraduría General de la Nación**, no evacuó la audiencia conferida.

- **Procuraduría de los Derechos Humanos**, no evacuó la audiencia conferida.

c) PERIODO DE PRUEBA Y DESCRIPCIÓN DE LAS PRUEBAS APORTADAS:

- **Procuraduría de los Derechos Humanos**, presentado su pronunciamiento, solicitó que se agregue a sus antecedentes el presente memorial; quien no ofreció medios de prueba pero pidió se tenga por evacuada la audiencia conferida, se reconozca la calidad con la que actúa, se tome nota de la dirección señalada para recibir notificaciones y se señale la segunda audiencia por cuarenta y ocho horas.

- **Amparista**,

a) Resolución numero CNA guión DG guión FA guión veinticinco guión dos mil dieciocho (CNA-DG-FA-025-2018) dictada el día veintiséis de abril del año dos mil dieciocho contenida dentro del expediente CNA guión AN guión ciento nueve guión dos mil diecisiete (CNA-AN-109-2017), resolución dictada por el Consejo Nacional de Adopciones, de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciocho, que contiene opinión profesional desfavorable con respecto a la idoneidad de la señora (...).

b) Constancia de inscripción correspondiente al ciclo escolar dos mil dieciocho extendido por el Ministerio de Educación, Dirección de la Escuela Oficial, Roberto Guirola Leal, el día trece de junio del año dos mil dieciocho a nombre del niño (...).

c) Manifiesta que al tenor de la seguridad y bienestar del niño (...), ha decidido mudarse a la dirección séptima calle dos guión cincuenta y uno de la zona dos, cantón Victoria del municipio de Malacatán del departamento de San Marcos.

d) Expediente número 14-2014 a cargo de la oficial segunda, solicitado al Juzgado de Primera Instancia de Familia, Niñez y Adolescencia del municipio de Malacatán del departamento de San Marcos.

e) Presunciones legales y humanas.

- **Procuraduría General de la Nación**, no evacuó la audiencia conferida.

- **Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público**, no evacuó la audiencia conferida.

- **Autoridad Impugnada**, no evacuó la audiencia conferida.

d) SEGUNDA AUDIENCIA:

Al evacuar la segunda audiencia, conferida a las partes y terceros interesados, por el término de cuarenta y ocho horas, los mismos se pronunciaron de la siguiente forma:

- **Procuraduría de los Derechos Humanos**, presentó su argumentación final y solicitó lo siguiente: que se agregue a sus antecedentes el presente memorial; que se tenga por evacuada la audiencia conferida y en su oportunidad se dicte la sentencia que en derecho corresponda.

- **Autoridad Impugnada**, presentó su argumentación final y solicitó lo siguiente: que se agregue a sus antecedentes el presente memorial; que se tenga por evacuada la audiencia conferida y que al resolver declare sin lugar la presente acción de amparo y que consecuentemente emita lo que en derecho corresponde.

- **Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público**, presentó su argumentación final y solicitó lo siguiente: que se agregue a sus antecedentes el presente memorial; que se tenga por evacuada la audiencia conferida y se otorgue la protección constitucional de amparo.

- **Amparista**, presentó su argumentación final y solicitó lo siguiente: que se admita para el trámite y se agregue a sus antecedentes el presente memorial, que se tenga por evacuada la audiencia conferida y que al dictar sentencia se declare con lugar la acción constitucional de amparo. (Se hace constar que el memorial fue presentado en este Tribunal, por el Juzgado de Paz de San Marcos el veinte de agosto del presente año).

- **Procuraduría General de la Nación**, presentó su argumentación final y solicitó lo siguiente: que se admita para el trámite y se agregue a sus antecedentes el presente memorial, que se tenga por evacuada la audiencia conferida y que al dictar sentencia se declare con lugar el amparo solicitado. (Se hace constar que el memorial fue presentado en este Tribunal, por el Juzgado de Paz de San Marcos el veintiuno de agosto del presente año).

CONSIDERANDO I

El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o los reestablece en el goce de los mismos cuando la

violación se ha consumado. Procede siempre que las leyes, disposiciones, resoluciones o actos de autoridad lleven implícito amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. El derecho de defensa es una garantía fundamental conforme a lo cual no puede privarse a los particulares de derecho alguno, sin antes citarlos, oírlos y vencerlos en proceso legal y preestablecido.

La Acción Constitucional de Amparo, ha surgido de la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución y el fiel cumplimiento de sus preceptos por la autoridad correspondiente y que su espíritu es ser una garantía en contra de la arbitrariedad de los sujetos pasivos del amparo, es decir, que esta acción constitucional tiene por fin proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido, no obstante ello, el Amparo se encuentra sujeto a determinados presupuestos o requisitos de carácter eminentemente procesal, cuya observancia o cumplimiento debe ser ineludible y primordial en la petición que se presente; con el objeto de posibilitar el conocimiento de fondo de dicha protección constitucional.

CONSIDERANDO II

Del estudio de los antecedentes se determina que:

a) Con fecha treinta de agosto del año dos mil diecisiete, la señora (...) presentó solicitud de adopción nacional forma B -folio uno-, ante el Consejo Nacional de Adopciones dentro del expediente CNA guión AN guión ciento nueve guión dos mil diecisiete (CNA-AB-109-2017), a la cual adjuntó varios documentos, entre estos se encuentra carta de recomendación de fecha veintidós de agosto del año dos mil diecisiete, signada por el médico y cirujano Augusto Mariano Navarro Monzón, del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, dirección Área de Salud de San Marcos, en donde manifiesta: "...SE CONCLUYE QUE AL MOMENTO DE SU EVALUACIÓN LA PACIENTE (...) POSEE BUENA SALUD FISICA Y MENTAL. NO EVIDENCIANDOSE ANTECEDENTES DE DEPENDENCIA FISICA Y PSICOLOGIA DE MEDICAMENTOS O SUSTANCIAS ADICTIVAS. TOMANDO EN CUENTA LO ANTERIOR SE EXTIENDE EL CORRESPONDIENTE CERTIFICADO DE BUENA SALUD...". -folio siete-

b) Con fecha uno de septiembre de dos mil diecisiete el Consejo Nacional de Adopciones,

subcoordinación de la Unidad de Atención y Apoyo a la Familia Adoptiva y el Niño Adoptado –folio diecisiete-, resolvió: “...II) Se tiene por recibida la solicitud de adopción nacional identificada con el número CNA-AN-109-2017 de la señora (...). Para la realización de la evaluación psicológica se nombra a la Psicóloga, la Licenciada Julia Anita García Rodas quien en un plazo que no exceda de quince días a partir de la recepción del presente expediente deberá informar a esta Subcoordinación el resultado de la evaluación. II) (Sic) Una vez haya informado la Psicóloga nombrada al respecto de la evaluación, si procediera, pase el expediente con la Trabajadora Social, la Licenciada Magda Sucely Rivas de León a efecto que programe la visita domiciliar y lleve a cabo la evaluación socioeconómica, quien en un plazo que no exceda de quince días a partir de la recepción del expediente deberá informar a esta Subcoordinación al respecto del resultado de la evaluación...”.

c) Con fecha dieciséis de octubre de dos mil diecisiete la psicóloga Julio Anita García Rodas, presenta ante el Consejo Nacional de Adopciones informe psicológico identificado con el correlativo ciento veintinueve guión diecisiete guión PS guión UF (129-17-PS-UF) –folios dieciocho al veintidós- en donde indicó: “...La solicitante (...) evidencia algunas características de personalidad poco favorables para el proceso de adopción, proyectando en el test del árbol como en el de la casa estas son: temor a la muerte, inseguridad, carácter cambiante, dificultades para relacionarse, gran control de emociones y sentimientos, por lo que se considera que debe someterse a un proceso psicoterapéutico que le ayude a resolver los eventos no superados del pasado que le generen malestar y se empodere para proceder al establecimiento de un vínculo afectivo seguro y un proceso de crianza adecuado para el niño que integre, por lo tanto se recomienda a la Dirección General del Consejo Nacional de Adopciones, NO emitir el certificado de IDONEIDAD y proceder al archivo del expediente...”.

d) El diez de enero del dos mil dieciocho, la subcoordinación de la Unidad de Atención y Apoyo a la Familia Adoptiva y el Niño Adoptado, del el Consejo Nacional de Adopciones –folio veintitrés-, resolvió: “...II) De la lectura del informe referido se evidencian deficiencias en la evaluación, específicamente:... f) la conclusión por la cual se fundamente la NO IDONEIDAD, es confusa al establecer que es de “carácter cambiante” pero con “gran control de emociones y sentimientos”, aunado a ello para concluir este aspecto únicamente se basó en la prueba proyectiva del “árbol” mas no integró la entrevista... III)... dado que la profesional en psicología evaluadora ya no presta sus servicios profesionales para el Consejo Nacional

de Adopciones, se procede a asignar el expediente a las licenciadas Eufemia Micaldia Santos Mazariegos, psicólogo y Alejandra Ninette Ponce Fuentes, Trabajadora Social, para programen reevaluación psicología (sic) y visita domiciliar, con la finalidad de ampliar la información desde el punto de vista emocional y contexto social y así determinar la procedencia o no de la idoneidad con un enfoque integral...”.

e) El veinte de marzo de dos mil dieciocho la Trabajadora Social Eufemia Micaldia Santos Mazariegos y la Psicóloga Ninette Alejandra Ponce Fuentes, presentan ante el Consejo Nacional de Adopciones informe psicológico y social de idoneidad, identificado con el correlativo veintinueve guión dieciocho guión PS guión UF (029-2018-PS-UF) –folios veinticuatro al treinta y ocho- en donde recomendaron: “... a. Se recomienda a la Dirección General del Consejo Nacional de Adopciones NO emitir el certificado de idoneidad a (...), ya que acuerdo al estudio social se concluye que no cuenta con las condiciones socioeconómicas ni estabilidad laboral para la satisfacción de las necesidades básicas de un niño al ser una persona económicamente dependiente; el ambiente social no contribuirá con el adecuado desarrollo de un niño; de acuerdo a la evaluación psicológica se concluye que la solicitante tiene aún dificultad para superar el duelo, hay funciones del yo que es necesario fortalecer y no cuenta con las habilidades parentales para la adopción de un niño saludable en el rango de 3 años a 5 años 0 meses. OBSERVACIÓN La solicitante (...) se encuentra abrigando al niño (...), quien nació el 24 de enero de 2,2014, según consta en sentencia de fecha 12 de enero de 2016, emitida por el Juzgado de Primera Instancia de Familia y la Niñez y Adolescencia del Municipio de Malactán, Departamento de San Marcos, correspondiente al expediente número 12064-2014-00014...” (Sic).

f) El veintiuno de marzo de dos mil dieciocho, la Unidad de Atención y Apoyo a la Familia Adoptiva y el Niño Adoptado del Consejo Nacional de Adopciones, presentan opinión jurídica identificada como OPIJ guión sesenta y siete guión dieciocho guión CNA guión UFANA (OPIJ-067-18-CNA-UFANA) veintinueve guión dieciocho guión PS guión UF (029-2018-PS-UF) –folios cuarenta y ocho al cincuenta y dos- signado por la abogada Nidia Azucena Telón Sotz, en donde indicó: “...IV. OPINIÓN: ... al analizar el presente caso el integrar a un niño vulnerado en sus derechos humanos en un ambiente en el que no se le podrá garantizar su desarrollo integral, en virtud que la solicitante en este momento no cuenta con las fortalezas psicológicas y socioeconómicas para recibir a un niño en adopción. La señora (...); no cuenta con las condiciones socioeconómicas, ni estabilidad laboral para

a satisfacción de las necesidades básicas de un niño al ser una persona económicamente dependiente, el ambiente social no contribuirá con el adecuado desarrollo de un niño, además tiene dificultades para superar el duelo, hay funciones del yo que es necesario fortalecer y no cuenta con las capacidades parentales para la adopción de un niño saludable en el rango de edad de 3 años a 5 años 0 meses, por tanto, se recomienda a la Dirección General del Consejo Nacional de Adopciones **no certificar la idoneidad de los solicitantes y se proceda a su archivo**, en virtud de no cumplir con lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Adopciones”.

g) En resolución número CNA guión DG guión FA guión veinticinco guión dos mil dieciocho (CNA-DG-FA-025-2018) de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciocho - folios cincuenta y ocho y cincuenta nueve, acto reclamado- dictada por el Consejo Nacional de Adopciones, considero: “... Que el Equipo Multidisciplinario del Consejo Nacional de Adopciones, con fecha **26 de abril de 2018**, con base en los informes de evaluación psicológica y social, así como la opinión jurídica, profesionales de la Unidad de Atención y Apoyo a la Familia Adoptiva y el Niño Adoptado se realizó un análisis técnico y se emitió **OPINIÓN PROFESIONAL DESFAVORABLE** con respecto de la idoneidad de la señora (...), por considerar que no es recomendable integrar a un niño saludable por medio de la adopción a la familia (...), en virtud que la solicitante en este momento no posee las condiciones socioeconómicas, ni estabilidad laboral para la satisfacción de las necesidades básicas de un niño, y tampoco posee estabilidad emocional y capacidades parentales para la crianza de un niño saludable en el rango de edad de 3 años a 5 años 0 meses, por lo que no cumple con lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Adopciones... **RESUELVE: I) NO Certificar la IDONEIDAD** de la señora (...). (Sic) II) Se instruye a la Subcoordinación de la Unidad de Atención y Apoyo a la Familia Adoptiva y el Niño Adoptado y a la Subcoordinación de la Unidad de Atención al Niño ambas del Equipo Multidisciplinario, para que de forma conjunta en un plazo que no exceda de quince días, informen al Juzgado competente, respecto a la situación advertida, para que este verifique la medida dictada sobre las condiciones de la familia, en virtud que la misma no se considera apta para abrigar a un niño vulnerado en sus derechos humanos...”-

h) En sentencia de fecha doce de enero de dos mil dieciséis, dictada por la Jueza de Primera Instancia de Familia, Niñez y Adolescencia del municipio de Malacatán del departamento de San Marcos del expediente catorce guión dos mil catorce (14-2014) y/o doce mil sesenta y cuatro guión dos mil catorce guión catorce (12064-2014-00014), -obstante a folio

ciento treinta y ocho al ciento cuarenta y cuatro- en las consideraciones de hecho llegó a las conclusiones siguientes: “...**8.4) Existencia de recurso familiar idóneo o institucional para el abrigo, cuidado y protección:** ... la juzgadora es del criterio de confirmar la medida de cuidado y protección a favor del niño (...), responsabilidad recaída en la señora (...), en calidad de familia ampliada por guardar una relación equiparable a la misma, en calidad de familia ampliada por guardar una relación equiparable a la misma, (sic) de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Adopciones -Familia ampliada: Es la que comprende a todas las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad con el adoptado que no sean sus padres o hermanos; y a otras personas que mantengan con él una relación equiparable a la relación familiar de acuerdo a la práctica, usos y costumbres nacionales y comunitarias-, quien por razones humanitarias lo albergó desde el treinta de enero del dos mil catorce, cuando este tenía seis días de nacido, constituyendo hoy por hoy recurso familiar idóneo para el niño, tal como se acredita con el informe Socioeconómico familia de confianza, número ciento ochenta y cuatro guión dos mil quince, signado por la Licenciada Celeste Aida Mérida, Trabajadora Social adscrita a la Procuraduría General de la Nación delegación de San Marcos, en el cual concluye: Que la señora (...) constituye recurso idóneo para el cuidado y protección del niño (...), así también la juzgadora toma en cuenta el dictamen para establecer estado emocional número PGNSM guión cero dos guión PSICO guión ciento cincuenta y ocho guión dos mil quince, de fecha ocho de julio del año dos mil quince, signado por la Licenciada Luz Angélica de León de Morataya, Profesional en Psicología adscrita a la Procuraduría General de la Nación delegación de San Marcos, practicado al niño (...), en el cual refiere que el niño se encuentra emocionalmente estable, demostrando inclinación y afectividad hacia la señora (...), con quien ha formado vínculos afectivos; por lo que la juzgadora es del criterio de confirmar la medida de cuidado y protección decretada en su oportunidad con la finalidad que la familia continúe cuidando al niño el tiempo estrictamente necesario, ya que la institucionalización tiene carácter provisional y excepcional, en tanto el Consejo Nacional de Adopciones, selecciona a la familia adoptiva idónea, lo que en caso de incumplimiento de dicha institución, motivará que se le certifique lo conducente por el delito de incumplimiento de deberes... II) Para restituir los Derechos Humanos vulnerados, se declara en estado de adaptabilidad (sic) al niño (...), debiendo el Consejo Nacional de Adopciones, en un plazo improrrogable de noventa días ubicar una familia adoptiva para el niño interesante al caso; III) Se confirma la medida de cuidado y protección decretada a favor del niño (...), responsabilidad recaída en la señora (...), en calidad de familia ampliada por guardar una

relación equiparable a la misma, en tanto que la autoridad central ubica una familia adoptiva...”.

CONSIDERANDO III

El Interés Superior del Niño es una garantía que debe aplicarse en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, para asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, en ningún caso su aplicación disminuirá, tergiversará o restringirá los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y la ley especial que regula lo relativo a la protección de los niños y niñas. El proceso de protección tiene como objeto restablecer los derechos humanos violentados a los niños, niñas o adolescentes, protección o restablecimiento que se consigue a través de una sentencia judicial que les restituya los derechos básicos para que se desarrollen integralmente en un ambiente sano, que vele por su protección y cuidado, que sus derechos inherentes le sean respetados y nunca más violentados; dicha estabilidad familiar se puede obtener por medio de las modalidades alternativas de cuidado como lo es la adopción. Se deben tomar en consideración las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que establecen pautas adecuadas de orientación política relativa a la protección y bienestar de los niños privados del cuidado parental, las cuales preferentemente tienen por objeto que el niño, niña o adolescente permanezcan bajo la guarda de su propia familia o se reintegre a ella. Así como lo establece el numeral romano dos, punto cuatro de dicha directriz, que hace referencia a que los niños y jóvenes vivan en un entorno en el que se sientan apoyados, protegidos, cuidado en donde promuevan su potencial; hace énfasis en aplicar las directrices el interés superior del niño, la importancia del derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta según su edad y grado de madurez; en la modalidades de acogimiento, la importancia de garantizar a los niños un hogar estable y que satisfagan sus necesidades básicas de un vínculo continuo y seguro con sus acogedores, siendo la permanencia un objetivo esencial; en relación a las decisiones relativas a la remoción de la guarda que ha de revisarse periódicamente y un aspecto muy importante lo que establece el punto quince de las referidas modalidades establece: “... La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no debería constituir nunca la única justificación para separar un

niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que debería considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado...”

La Corte de Constitucionalidad en el expediente cuatro mil quinientos treinta guión dos mil quince, con base en el artículo 3 inciso 1) del artículo de la Convención Sobre los Derechos del Niño considera: “... i) que el interés Superior del Niño estipula un principio general en lo que respecta a la interpretación y aplicación de los derechos del niño, pues debe aplicarse como un concepto dinámico en el cual debe evaluarse adecuadamente en cada contexto en especial; ii) que el Interés Superior del Niño es un concepto triple, que se abarca como un derecho sustantivo, como un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. En lo que respecta al derecho sustantivo los derechos del niño deben ser una consideración primordial evaluada al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida; en cuanto a que es un principio jurídico interpretativo fundamental, sin una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño y, con relación a que es una norma de procedimiento, se establece que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño concreto, esta debe incluir la estimación de las posibles repercusiones, tanto positivas como negativas, así como la justificación y constancia que se ha tenido en cuenta el referido interés, ya sea en cuestiones normativas generales o en casos concretos...” el interés superior del niño debe ser al que están llamadas a potenciar, todas las instituciones que intervienen dentro el sistema de protección y justicia especializada en materia de niñez y adolescencia, por lo que se estima que no certificar la idoneidad de la señora (...), **por el Consejo Nacional de Adopciones, en base a los informes de evaluación psicológica y social, así como la opinión jurídica profesional rendidas por el equipo multidisciplinario de la Unidad de Atención y Apoyo a la Familia Adoptiva y el Niño Adoptado del Consejo Nacional de Adopciones, resulta carente de argumentación fáctica, ya que los profesionales emitieron opinión desfavorable, por considerar que no es recomendable integrar a un niño saludable (el resaltado es propio) por medio de la adopción a la familia (...), estimando que no posee las condiciones socioeconómicas, estabilidad laboral para la satisfacción de las necesidades básicas del niño y porque tampoco poseen estabilidad**

emocional y carecen de capacidades parentales para la crianza de un niño saludable, considerando así que la familia no cumple con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Adopciones, sin tomar en cuenta que en dicho informes los profesionales en ningún apartado indican o consideran que debido a esas condiciones en que vive el niño protegido a su criterio no favorece ni privilegia su desarrollo o bien que esa situación le haya ocasionado algún daño o perjuicio a sus derechos, a su desarrollo físico, mental, en la medida del deber de cuidado y protección decretada a su favor, responsabilidad recaída en la señora (...), en calidad de familia ampliada.

Este Tribunal estima en todo caso que las carencias observadas por los profesionales tendrían que redundar en manifestaciones de descuido evidentes (sucio, desnutrido, enfermo, etc.) y perjudiciales al niño protegido, como su salud, seguridad y educación, por lo tanto esa opinión desfavorable emitida por los profesionales no cumple con la interpretación tripartita, la cual abarca un derecho sustantivo, como un principio jurídico hermenéutico fundamental y una norma de procedimiento, ya que el interés superior del niño debe evaluarse dentro de cada caso en especial, debiéndose interpretar la normas jurídicas de manera que satisfaga en forma más efectiva la protección que se pretende, atendiendo a las posibles repercusiones perjudiciales que se ocasionen con las decisiones que se tomen – predictibilidad- como por ejemplo tener presente la posibilidad de afectar o no el interés del niño protegido al no considerar el potencial daño que podría causársele en su desarrollo al separarlo de su hogar y al no permitirle que siga bajo el cuidado de la persona que ha estado a cargo de él desde el treinta de enero de dos mil catorce a la fecha, familia que le han provisto todo lo necesario para su desarrollo mental, emocional y físico, por lo que tomando en consideración la inclinación de afectividad existente entre ambos (vínculos afectivos), se evidencia que la decisión de separación alteraría el estado emocional del niño por su corta edad y es evidente que experimentaría estrés por la separación, lo cual le podría ocurrir por no respetarse su interés superior consagrado también en el artículo 4 de la Ley de Adopciones y por no aplicar al presente proceso la excepción al certificado de idoneidad establecida en el inciso b) del artículo 15 de la norma legal antes citada, que establece que no será necesaria la obtención del certificado de idoneidad de la familia que previamente lo ha albergado como lo ha sido la señora (...); el Consejo resuelve con una visión legalista, formalista y positivista que

únicamente redundaría en afectar emocionalmente y provocar daño que podría ser irreparable en la estabilidad emocional del niño protegido, por lo que el razonamiento de que están protegidos los derechos del infante con base en la errónea interpretación del presente caso, carece de sentido lógico y proteccionista de su condición vulnerable y podría desencadenar posibles violaciones a los derechos del niño (...), si se excluye a la familia abrigante como familia adoptante, quien como ya se dijo no necesita obtener certificado de idoneidad porque ya se encargado de velar por su bienestar y el hecho de carecer de recursos económicos, no ha sido obstáculo para que provea al niño protegido de lo que materialmente requiere, evidenciándose así discriminación económica a la familia actualmente abrigante, falta de objetividad y falta de aplicación del interés superior del niño, ya que los profesionales que interviene en el proceso de adopción deben prioritariamente tener presente y privilegiar su interés superior y ver el grado de complejidad que podría darse en cada caso y más aún cuando existe fuertes vínculos afectivos entre el niño protegido con las personas que los pretende adoptar, como ya se argumentó.

Aunado a ello el juez de la causa en la declaratoria de adoptabilidad, en sus argumentaciones estimó pertinente confirmar la medida de cuidado y protección a favor del niño (...) a la señora (...), en calidad de familia ampliada porque guarda una relación equiparable a la misma de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Adopciones, y quien por razones humanitarias lo albergó desde que tenía seis días de nacido, el aquo la consideró recurso idóneo para el niño, situación que lo acreditó con el informe Socioeconómico de familia de confianza, número ciento ochenta y cuatro guión dos mil quince, de fecha cuatro de septiembre de dos mil quince, signado por la Licenciada Celeste Aida Mérida, Trabajadora Social adscrita a la Procuraduría General de la Nación, delegación de San Marcos, en el cual concluye que la señora (...) constituye recurso idóneo para el cuidado y protección del niño (...), así mismo el Juez valora el dictamen Psicológico para establecer el estado emocional del niño protegido identificado como PGNSM guión cero dos guión PSICO guión ciento cincuenta y ocho guión dos mil quince, de fecha ocho de julio de dos mil quince, signado por la Licenciada Luz Angélica de León de Morataya, profesional en Psicología adscrita a la Procuraduría General de la Nación delegación de San Marcos, en el cual refiere que el niño (...) se encuentra emocionalmente estable, demostrando inclinación

y afectividad hacia la señora (...), con quien ha formado vínculos afectivos, recomienda que se tome en consideración la existencia de afectividad entre ambos (niño-madre) en beneficio del protegido, para impedir remover al niño del ambiente en el que se ha desenvuelto, para evitar inestabilizarlo emocionalmente y reducir la posibilidad de la aparición de conductas antisociales en el transcurso de su vida que podrían ser lamentables; opiniones que el equipo multidisciplinario del Consejo Nacional de Adopciones debió tomar en cuenta para privilegiar el interés superior y garantizar el derecho del niño (...).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público a través de la Agente Fiscal, abogada Sara Edith Zamora Ordoñez, en la evacuación de segunda audiencia, argumenta que la amparista ha demostrado que ha velado por la salud, la seguridad y la educación del niño, manifestando incluso que la señora (...) se ha mudado de residencia para garantizar su seguridad y que esos factores deben ponderarse y valorarse antes de asumir cualquier decisión como la contenida en el acto reclamado, que si bien el agravio o interés de la postulante, no es el objeto de protección si afecta directamente al menor (...), cuyo interés, se reitera, debe ser superior al de cualquiera de las partes, evidenciándose así que en el acto reclamado, no consta que la autoridad impugnada haya tenido en cuenta el interés superior del menor ni que se haya tenido en cuenta el respeto de sus derechos fundamentales, ya que no se ha evidenciado que el niño protegido presente algún grado de maltrato por parte de la familia abrigante; argumentos que enriquecen la fundamentación del presente fallo y que son totalmente compartidos por los que ahora juzgamos.

La representante de la Procuraduría General de la Nación, Abogada Wendy Dalila Vásquez de León, manifiesta que el apego es aquel vínculo que se establece con un cuidador principal, que normalmente sería la madre y el padre, pero si no están presentes, no existan o no se quieren responsabilizar, pueda ser desempeñada por aquella figura que ejerza de cuidador, el niño (...), a la fecha tiene cuatro años seis meses de edad, circunstancia que se le ha permitido relacionarse y ha logrado identificarse con las personas a quienes el reconoce como su familia, es decir ha logrado ese apego con su cuidadora, ya que si bien es cierto su edad es muy corta, se podría pensar que no puede formar un juicio para saber si efectivamente la familia que actualmente lo alberga es la familia idónea para él,

no obstante ello si puede identificarse con el entorno que actualmente lo rodea y es allí donde el Estado debe protegerlo a través de las instituciones garantes de asegurar su protección, desarrollo, puesto que la separación de su entorno familiar causaría daño psicológico tan grande al retirarlo de su entorno a estas alturas de la vida cuando el niño protegido ya se encuentra adaptado a la familia que lo alberga, quienes pueden mejorar sus condiciones de vida con el objetivo de que el niño crezca en un ambiente sano, ya que en la actualidad ser padre o madre es difícil, porque influyen varios factores e interfieren, pero las condiciones económicas se puede mejorar si se les brinda la ayuda necesaria para ejercer una parentalidad adecuada, por lo tanto la inestabilidad emocional y capacidad parental no es una limitante para indicar que la familia que actualmente alberga al niño no es la idónea, ya que como se indicó esto puede ser producto de varios factores a los que todas las familias con hijos biológicos están expuestas, es una situación que se puede mejorar asistiendo a un programa especial de escuelas para padres y madres en las que se apoya a la familia a enfatizar la forma de relación.

En base a lo considerado anteriormente y por el interés superior del niño proclamado en el artículo 3, 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como en el artículo 4 de la Ley de Adopciones, los que ahora juzgamos somos del criterio de otorgar en definitiva la acción Constitucional instada, en consecuencia se deja sin efecto y valor legal alguno la resolución identificada como CNA guión DG guión FA guión cero veinticinco guión dos mil dieciocho (CNA-DG-FA-025-2018) dictada por el Director General del Consejo Nacional de Adopciones, el veintiséis de abril de dos mil dieciocho, debiendo dar la autoridad denunciada exacto cumplimiento a lo establecido en la literal b) del artículo 15 de la Ley de Adopciones, en incluir a la señora (...) como recurso porque no es necesaria la obtención del certificado de idoneidad a la familia que previamente ha albergado al niño de mérito, orden que deberá dar estricto cumplimiento dentro del plazo de cinco días contados a partir de estar firme el presente fallo, bajo apercibimiento de certificar lo conducente en caso de incumplimiento, debiéndose continuar con el procedimiento administrativo de Adopción.

En cuanto al pago de las costas procesales a la autoridad impugnada y multa al abogado patrocinante, se exime de las mismas, en vista de que este tribunal no advierte mala fe en su actuar y así se hará constar.

CITA DE LEYES: Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos 203 al 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 107, 141, de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 1, 2, 3, 5, 8, 10, 13, 21, 34, 35, 37, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 47, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.-

POR TANTO: Este Tribunal Constitucional de Amparo en base a lo considerado y leyes citadas al resolver **DECLARA: I.- Se Otorga** la acción de amparo interpuesta por (...) de Solís, en contra del Consejo Nacional de Adopciones a través del Director General, Abogado Carlos Octavio Enríquez Mena; **II.-** En consecuencia se suspende en forma definitiva y se deja sin efecto y valor legal alguno la resolución identificada como CNA guión DG guión FA guión cero veinticinco guión dos mil dieciocho (CNA-DG-FA-025-2018) dictada por el Director General del Consejo Nacional de Adopciones, el veintiséis de abril de dos mil dieciocho, debiendo dar la autoridad denunciada exacto cumplimiento a lo establecido en la literal b) del artículo 15 de la Ley de Adopciones, en incluir a la señora (...) como recurso porque no es necesaria la obtención del certificado de idoneidad a la familia que previamente ha albergado al niño de mérito, orden que deberá dar estricto cumplimiento dentro del plazo de cinco días contados a partir de estar firme el presente fallo, bajo apercibimiento de certificar lo conducente en caso de incumplimiento, debiéndose continuar con el procedimiento administrativo de Adopción; **III.-** En cuanto al pago de las costas procesales a la autoridad impugnada y multa al abogado patrocinante, se exime de las mismas, en vista de que este tribunal no advierte mala fe en su actuar; **IV.-** Remítase copia certificada del presente fallo a la Honorable Corte de Constitucionalidad; **V.-** Con certificación de lo resuelto al Consejo Nacional de Adopciones para su conocimiento y devuélvase el expediente administrativo que sirvió de antecedente a la presente acción. **VI.** Devuélvase el expediente identificado con el número doce mil sesenta y cuatro guión dos mil catorce guión catorce, al Juzgado de Primera Instancia de Familia, Niñez y Adolescentes de Malacatán, San Marcos. Notifíquese.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

23/08/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - 518-2017

01174-2017-00518 Of. 3º **SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA:** Guatemala, veintitrés de agosto del año dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, que resuelve los recursos de Apelación interpuestos, el primero por Mauricio Farfán Donis con la calidad acreditada, el segundo por Guillermo Alberto Rosales Pérez, y el tercero por (...) y (...), en contra la sentencia de fecha veinticuatro de abril del año dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana.

I. IDENTIFICACIÓN DE LA NIÑA PROTEGIDA:

a) (...), de seis años de edad, nació el doce de junio de dos mil doce, hija de (...) y de (...), según consta en certificado de nacimiento extendido por el Registro Civil de las Personas, del Registro Nacional de las Personas del departamento de Guatemala, identificado con el código único de identificación número dos mil cuatrocientos ochenta y siete, sesenta y tres mil ochocientos cuarenta y nueve, cero ciento uno (2487638490101).

EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

La Juez de la Causa, en la sentencia recurrida, **DECLARÓ:** "... LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA NIÑA (...) EN CUANTO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO por lo que para restituirle dicho derecho se dictan las siguientes medidas de protección: I) Se ordena el egreso de la niña (...) de la Asociación Española de Beneficencia, Sanatorio El Pilar y se ordena su internamiento en el Hospital Roosevelt, dicho traslado queda a cargo de la Asociación Española de Beneficencia, Sanatorio El Pilar, debiendo permanecer en dicho hospital por el plazo de tres meses, bajo responsabilidad del director de dicha institución, de su cuidado y protección y deberá rendir un informe semanal sobre el estado de salud de la niña protegida, así mismo un perito del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, que deberá ser asignado para que se constituya una vez por semana a ese nosocomio y rendir un informe sobre su estado de salud. II) Que el Doctor Raúl Rodríguez Román, TECNISCAN DE GUATEMALA SOCIEDAD ANÓNIMA y Clínicas para Oír Mejor

realicen las coordinaciones necesarias con los progenitores de la niña de mérito, con la finalidad de poder adecuar un espacio en cualquiera de las siguientes direcciones **GRANJA CIENTO VEINTINUEVE A, ALDEA SANTA ROSA, SANTA LUCIA MILPAS ALTAS, SACATEPEQUEZ, PRIMERA CALLE TREINTA Y TRES GUION CERO SIETE, COLONIA TOLEDO ZONA SIETE, GUATEMALA, Y TRONCO TRES, LOTE SESENTA Y NUEVE SECTOR A, ZONA SIETE DE MIXCO, EL ENCINAL**, con relación al equipamiento necesario para un intensivo en casa y para el efecto se les fija el plazo de tres meses. **III) Que TECNISCAN DE GUATEMALA SOCIEDAD ANÓNIMA**, capacite a la progenitora de la niña de mérito señora (...) con la finalidad que pueda atender personalmente las necesidades de su hija tal como lo recomienda el médico tratante en **Asociación Española de Beneficencia, sanatorio El Pilar DOCTOR EYFI DAGOBERTO ROCA GIRÓN** quien será el mismo médico que estará a cargo de (...) en el Hospital Roosevelt; toda vez que fue el Doctor Eyfi Dagoberto Roca Girón quien recomendó dicha capacitación por tener experiencia en casos similares. **IV) Se fija el plazo de quince días al Doctor Raúl Rodríguez Román, TECNISCAN DE GUATEMALA SOCIEDAD ANÓNIMA y Clínicas para Oír Mejor**, para que se pronuncien en cuanto al porcentaje que cada uno cubrirá, en atención a lo ordenado en el numeral romano dos de esta resolución...”.

II.- DE LA AUDIENCIA ORAL Y PRIVADA: La audiencia oral y privada de segunda instancia, se llevó a cabo el veinticuatro de julio del año dos mil dieciocho a las nueve horas con treinta minutos, en la cual los sujetos procesales hicieron las argumentaciones que consideraron pertinentes.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado es garantizar la correcta aplicación de la justicia, mediante la cual se logra el desarrollo integral de la persona, dentro del marco del respeto de las Garantías y Derechos Fundamentales inherentes a las partes y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada por la ley adjetiva a las partes, el cual se hace efectivo mediante el Recurso de Apelación; tomando en consideración que es función de este órgano colegiado conocer y resolver los Recursos de Apelación que se interpongan y que la ley faculta realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia y dictar el fallo que se ajuste a las pretensiones de las partes procesales, garantizando la seguridad en la aplicación de la justicia, obteniendo con ello la paz social.

CONSIDERANDO II

El interponente del primer recurso de apelación, Mauricio Farfán Donis con la calidad acreditada manifiesta sus agravios y expresa: “...La resolución hoy impugnada le concede valor probatorio a la declaración testimonial de LUIS ALFONSO RAMOS VERDUGO Y ROSA MARIA MAGALY VERDUGO URREJOLA DE RAMOS, por advertir la Juzgadora que dichas personas pertenecen a la institución Clínicas Para Oír Mejor, S. A., y fueron las personas que trasladaron a las instalaciones de Tecniescan de Guatemala, Sociedad Anónima, así como el haber reconocido la señora Rosa María Magaly Verdugo que había entregado dinero a los progenitores por la situación de la niña (...). El defecto consiste en que la Juzgadora indica dos motivos por los que, según ella, mi representada ha conculcado los derechos humanos de la niña en protección, siendo estos: A) por haber realizado el procedimiento radiológico en el momento de ser sedada (...). B) Por haber realizado pagos a los progenitores. Lo que se obvia hacer es el silogismo necesario para arribar al resultado lógico...El solo hecho de estar practicando un examen de potenciales auditivos evocados, que es en nada invasivo para cualquier persona y es imposible que dañe la salud, en el momento que otro sujeto, dependiente de otra entidad jurídica, quien tiene el deber objetivo de cuidado del paciente según su profesión, médico; no puede derivar en responsabilidad para mi representada. Precisamente, porque los técnicos en audiolología que trabajan en Clínicas para Oír Mejor, S. A., son eso, técnicos y no médicos anestesiólogos con el conocimiento suficiente para inducir y determinar la evolución de un paciente sedado, es que en el local de mi representada no se administran sedaciones. Por lo anterior se sugería a los usuarios que acudieran a Tecniescan de Guatemala, Sociedad Anónima a contratar el servicio de sedación... El razonamiento enlistado como B), de igual manera, no se somete a ningún silogismo. Se asume, y muy respetuosamente lo expongo como prejuiciosamente, que tal cual se redacta en la sentencia impugnada... Pago se define como el exacto cumplimiento de una obligación, y a la fecha la entidad Clínicas Para Oír Mejor, S. A., no tiene obligación exigible por parte de los progenitores de la niña en protección,... Es verdad que se hicieron aportes económicos a los padres de la niña (...), de lo cual no nos arrepentimos, pero estas entregas eran en concepto de donaciones voluntarias, con el ánimo de apoyar a los padres quienes habían sido nuestros clientes... Por ser aplicables exactamente el mismo razonamiento de la sentencia emitida por esta honorable Sala, ya identificada, que acogió el sub motivo, impugnamos la sentencia de primer grado en las partes ya transcritas y en cuanto a su numeral romano II), contenido en el apartado resolutivo, del “POR TANTO”. Invocamos el sub motivo inobservancia del artículo 123 literal c) de la Ley

de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a la no adecuada aplicación de la sana crítica... (Sic)"

Por su parte Guillermo Alberto Rosales Pérez con la calidad acreditada manifiesta sus agravios y expresa: "...Al analizar la sentencia que se impugna, se establece que el a quo basó esa decisión en la prueba documental identificada con el numeral "3)" y de los testimonios de los padres de la niña agraviada, señores (...) y (...); de Vilma Ninette Flores Márquez de Marroquin, y Mynor Abraham Marroquin Flores... (personal de la Clínica Para Oír Mejor), quienes precisamente también tienen interés directo en el asunto. La discusión toral en este asunto honorables magistrados, lo constituye la existencia o no de vínculo jurídico entre Tecniscan de Guatemala con el Doctor Raúl Rodríguez y la entidad Clínica Para Oír Mejor. Existen dos circunstancias que son irrefutables pero insuficientes para determinar la responsabilidad de Tecniscan: Primero, que el procedimiento practicado a la menor se llevó a cabo en las instalaciones de Tecniscan de Guatemala y segundo, el pago por sedación que recibió la entidad, para lo cual extendió la factura correspondiente. Son circunstancias insuficientes... porque esas situaciones no generan el vínculo jurídico imperativo a establecer entre Tecniscan, el Doctor Raúl Rodríguez y la clínica en relación... La jueza emitió conclusiones sin prueba que lo justifique. Como ya se apuntó invocó que el propio Doctor manifestó que laboraba para Tecniscan, lo cual resulta una arbitrariedad, porque **EN EL DOCUMENTO SENTENCIAL QUE SE IMPUGNA NO CONSTA EN QUE MOMENTO EL DOCTOR RODRIGUEZ PRESTÓ ESA SUPUESTA DECLARACIÓN**, y más grave aún, la jueza ni siquiera explicó porque estimo otorgarle idoneidad subjetiva, ya que el Doctor, tiene interés directo en el asunto... La jueza no realizó el análisis lógico jurídico que de la prueba en su conjunto debía realizar. El a quo no analizo que lógicamente, Tecniscan como entidad lucrativa, no va a conceder gratuitamente sus instalaciones **y que el daño causado a la menor no se debió a instrumentos o aparatos defectuosos de la entidad; o a la falta de buenas condiciones higiénicas de las instalaciones**, que hayan sido causa de las consecuencias de salud sufridas por la niña agraviada, sino que fue exclusivamente consecuencia del procedimiento efectuado por un personal ajeno a la entidad... Otra circunstancia que la jueza utiliza para decidir contra Tecniscan, lo constituye el hecho de que consideró sin prueba alguna, que Tecniscan le realizó algunos pagos a los padres de la menor agraviada, cuando la prueba reveló que fue el propio Doctor Rodríguez que hizo los pagos del tratamiento de la menor en el Sanatorio el Pilar; juntamente con la entidad Clínicas para Oír Mejor; y sí aún Tecniscan hubiese ayudado económicamente, no puede inferirse que es un indicio de responsabilidad

sino también por cuestión de humanidad... La jueza se contradice, porque en la sentencia reconoce que fue el Doctor Rodríguez fue quién realizó al (sic) sedación y que Clínicas para Oír Mejor realizó el procedimiento radiológico en el momento de ser sedada (...); no obstante, también responsabiliza a Tecniscan, pero bajo argumentos falaces, conjetura e imaginaciones, porque se insiste, no se probó el vínculo jurídico con el Doctor Rodríguez y Clínicas para Oír Mejor... La jueza en su afán de involucrar a Tecniscan como responsable, desarrolló una motivación incoherente, por cuanto, en otros apartados sentenciales, reconoció que el Doctor Rodríguez y Clínicas para Oír Mejor, fueron quienes asumieron los pagos **de la hospitalización de la niña en el Sanatorio Nuestra Señora del Pilar y de la prueba identificada como numeral 8)** se estableció que existía un adeudo con ese hospital de más de un millón de quetzales y determinaron que el Doctor que se hacía responsable de dicho pago pero dejó de hacerlo; (no Tecniscan)... Por ello, es evidente que la jueza desarrolló argumentos, razones y conclusiones contrarias al contenido probatorio; con la finalidad de responsabilizar injustamente a Tecniscan de Guatemala... la fundamentación de la jueza es ilógica, fabrico mentalmente el escenario para declarar co responsable (sic) a la entidad recurrente, pero sin que existe prueba que convalide su decisión... La sentencia recurrida es arbitraria, impone consecuencias a Tecniscan de Guatemala, Sociedad Anónima sin prueba que justifique la decisión de la juzgadora, lo que hace nugatoria la correcta administración de justicia, violenta el debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, porque su decisión adolece de razonabilidad u argumentación jurídica y se basa a una apreciación falaz, tergiversada e ilógica de la prueba.

Por su parte los señores (...) y (...), también recurrentes, expresan en su memorial de apelación: **MOTIVOS DE FONDO:** ... Por ser desfavorable a la VIDA y la SALUD de nuestra hija, (...), la parte declarativa de la sentencia que es motivo de apelación, son los puntos primero (I), segundo (II) y tercero (III)... La ilógica disposición que emite la Jueza MARIA BELÉN REYNA SALAZAR, establece un precedente de contra posturas resolutivas, al disponer por un lado que existe vulneración de los derechos fundamentales de nuestra hija, (...), y por otro lado, resolver puntos que ponen en entredicho lo ya indicado, generando los **MOTIVOS** de nuestra apelación a este punto. Dichas disposiciones son: a) Disponer su traslado al Hospital Roosevelt; b) Ordenar su permanencia por tres (3) meses en dicho hospital público; y c) Requerir un informe semanal sobre su estado de salud al Director y a un perito de Inacif. **a) Disponer su traslado al Hospital Roosevelt:**... Obviamente este razonamiento fue omitido en la sentencia objeto de apelación disipando la falta de capacidad de dicho

nosocomio para atender en las condiciones adecuadas a nuestra hija con la relación de informes hechos a medida que presentó el personal médico y administrativo del Hospital Roosevelt que justifican y dan la imagen de una capacidad que rebasa los límites de la credibilidad lo cual inocentemente no puede argumentar la señora Juez en función a su labor de protección a la niñez... Al analizar la sentencia recurrida, se advierte a la conclusión de que la juzgadora arribó a conclusiones que carecen de logicidad y razonabilidad jurídica, efectuando además un análisis fragmentado de la prueba, puesto que otorga valor probatorio al PRIMER INFORME presentado por el **Director General del Sistema Integral de Atención de Salud del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social**, ... Esto sin mayor análisis, significa la FALTA DE CAPACIDAD material del hospital Roosevelt para atender los cuidados requeridos por nuestra hija, evidenciando que el traslado obedece a razones de cualquier tipo, excepto la protección integral de nuestra hija... La judicatura de primera instancia, en su razonamiento omitió dolosamente mencionar hechos evidentes de la **relación laboral y el conflicto de intereses** que presenta el personal médico del hospital Roosevelt, que participó en el reconocimiento judicial y rindió parte de los informes en los que sustenta su decisión de traslado, específicamente el hecho que el Jefe de la Unidad de Intensivo Pediátrica del Hospital Roosevelt, es el doctor EYFI DAGOBERTO ROCA GIRÓN, quien a su vez es el intensivista pediátrico que atiende a nuestra hija (...) en el "SANATORIO NUESTRA SEÑORA DEL PILAR" ... Sin embargo, la aparente credibilidad y buena fe de la Juez de Primera Instancia para emitir la sentencia que hoy nos ocupa, se ve socavada no solo con los argumentos expuestos, sino además, con el hecho que en la diligencia de RECONOCIMIENTO JUDICIAL ... **en ningún momento solicitó o se le ocurrió** verificar la existencia de elementos torales para verificar la capacidad únicamente de manera verbal, por el personal del Hospital Roosevelt, tal es el caso de la **existencia y abastecimiento permanente de los más de VEINTICINCO (25) MEDICAMENTOS** que requiere nuestra hija para preservar su vida, la existencia y funcionamiento de los equipos de SOPORTE VITAL, la existencia y adecuado funcionamiento EQUIPOS VITALES DE RESPALDO, limitándose únicamente a ver la unidad de cuidados intensivos – por cierto sobrepoblada – y recibir la declaración de sus autoridades médicas, quienes en ningún momento acreditaron documentalmente estos extremos... al informe de fecha seis de agosto de dos mil diecisiete que rindiera el Doctor Francisco Javier Mejía Milian del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, inobservando nuevamente el interés superior del niño, la Juez de primera instancia, le otorga valor probatorio ... al revisar dicho informe, en el que se evidencia que **JAMAS CONSTATO POR SI MISMO, TODOS Y**

CADA UNO DE DICHOS EXTREMOS, sin que le importara con ello generaba las condiciones necesarias para CONDENAR A MUERTE A NUESTRA PEQUEÑA HIJA AL ORDENARSE EL TRASLADO, ... **que BENEFICIO real conlleva la decisión de ordenar el TRASLADO de nuestra hija de un hospital privado que ha brindado atención hospitalaria adecuada durante más de tres (3) años, a un hospital público cuya capacidad operativa es no solo cuestionada sino evidencia a través de sus propias autoridades**,... Así también, es importante destacar, que en el numeral cuatro (4) del apartado de Medios de Prueba recabados y a los que se les dio valor probatorio por la Juzgadora, dentro de la sentencia recurrida; la juzgadora le da valor probatorio a un informe de fecha veinticinco de marzo de dos mil quince (25 marzo 2015); confiriéndole valor probatorio por «... **concluir que desde el mes de noviembre del año dos mil dieciséis la niña en protección ha estado en muy buenas condiciones generales y no ha presentado proceso infeccioso**...» es decir **DICHO INFORME ES RENDIDO UN AÑO ANTES DE LOS HECHOS QUE PRETENDE PROBAR**; sirviendo dicho medio, tal como lo argumenta la juzgadora, para establecer que (...) puede ser trasladada; sin embargo dicho medio de prueba se contradice con el medio establecido en el numeral diez del mismo apartado, en donde ... se describen las condiciones infecciosas que padece; ... Con la decisión, se libera a «SANATORIO NUESTRA SEÑORA DEL PILAR» de la obligación contractual asumida y la carga económica impaga en que ha incurrido «TECNISCAN DE GUATEMALA SOCIEDAD ANÓNIMA» y RAÚL RODRÍGUEZ ROMÁN, hecho en pleno conocimiento de la Jueza. "... **b) Ordenar su permanencia por tres (3) meses en dicho hospital público** ... Esta disposición, no es sino una prueba de ensayo y error que pretende imponer dicha juez para APARENTAR que protege la integridad de nuestra hija, lo cual resulta inédito para una MEDIDA CAUTELAR URGENTE, ya que la expone a una serie de factores hospitalarios inciertos, sacrificando la estabilidad de los cuidados que actualmente goza, atreviéndose a disponer el tiempo que nuestra hija tendrá que someterse a dicha situación de riesgo a su VIDA y a su SALUD... Omite la Jueza de Primera Instancia para el efecto, profundizar en sus consideraciones y emitir un análisis de los medios de prueba constituidos en este proceso y la adecuada valoración de los mismos, tal es el caso de la DECLARACIÓN TESTIMONIAL del propio Jefe de la Unidad de Intensivo Pediátrica del Hospital Roosevelt ... **¿Por qué entonces insistir contra las condiciones adecuadas para preservar la VIDA y la SALUD de nuestra hija, en su traslado al Hospital Roosevelt?** La respuesta obviamente queda de manifestó y difiere radicalmente del PROTECCIÓN INTEGRAL de nuestra

niña. **c) Requerir un informe semanal sobre su estado de salud al director del hospital y a un perito del Inacif:** Esta disposición bajo ninguna interpretación garantiza la VIDA y la SALUD de nuestra hija, haciéndola una medida estéril para los efectos de protección integral de nuestra pequeña hija menor de edad, dejándola en un completo y absoluto estado de indefensión... **Motivos que fundamenta la Apelación de la Sentencia -Punto segundo (II) parte resolutive- ...** En el presente apartado resolutivo, se evidencia una vez más la inconsistencia de la sentencia objeto de apelación, así como la manipulación maliciosa de la señora Jueza a las actuaciones desarrolladas en este proceso... en el audio que contiene el desarrollo de la audiencia en la que se dictó la sentencia de mérito, la jueza de primera instancia cuestionó los lugares de fácil acceso para nosotros en caso de un traslado por desalojo de nuestra hija, proporcionándole las direcciones señaladas en la sentencia, pero en ningún momento se afirmó de nuestra parte que dichos lugares eran los lugares que aceptábamos como idóneos para montar el intensivo pediátrico para nuestra hija. Obviamente con esta manipulación dolosa de hechos, la jueza garantizó a los obligados, léase doctor RAÚL RODRÍGUEZ ROMÁN y a la entidad «TECNISCAN DE GUATEMALA SOCIEDAD ANÓNIMA», la ventaja de no buscar y asumir los costos de una residencia familiar que acogiera dicho intensivo como es lo recomendado clínicamente para facilitar el acceso de nosotros -los padres- a la ubicación de nuestra hija, facilitando colateralmente al «SANATORIO NUESTRA SEÑORA DEL PILAR» el desalojo de nuestra hija de sus instalaciones... se ha recomendado por los involucrados y se ha propuesto montar un intensivo en casa, pero teniendo presente que nosotros no contamos con casa propia y el lugar que alquilamos es demasiado pequeño para albergar un intensivo, lo ideal para la garantía del cuidado integral de nuestra hija, es que se facilite un bien inmueble que **acoja al núcleo familiar**, tomando en consideración el hecho de que tenemos otra hija pequeña, ... por lo que debe facilitarse el contacto inmediato con nuestra hija (...), sin que por ello se desatienda las necesidades de nuestra otra hija, que como padres debemos atender; aspecto que a pesar de ser de conocimiento de la jueza de primera instancia, jamás tuvo en consideración para fallar, disponiendo señalar tres lugares que no tendrían costo de alquiler o adquisición a los responsables de las lesiones causadas a nuestra hija. **Motivos que fundamenta la Apelación de la Sentencia -Punto tercero (III) parte resolutive- ...** Una vez más, la irresponsabilidad en lo resuelto hace gala en este punto, al pretender endilgar a uno de nosotros, específicamente a (...) la responsabilidad de atender personalmente las necesidades de nuestra hija, pasando por alto hechos concretos que evidencian la improcedencia y desatino de lo dispuesto a saber: ... Sobre cualquier

capacitación que se pudiera recibir, la madre de (...) no tiene estudios, formación y grados académicos en medicina y atención de pacientes con morbilidad crónica, hecho que representa una TOTAL IRRESPONSABILIDAD ... Esto es poner en sus manos una condena a padecer sufrimientos y una atención deficiente, ya que aunque se le ama, **LA PRESENCIA DE PROFESIONALES Y TÉCNICOS ESPECIALIZADOS ES IMPRESCINDIBLE**, sin mencionar la delicada situación de **APLICACIÓN DE MEDICAMENTOS Y CONEXIÓN CON APARATOS DE SOPORTE VITAL**, de los que **DEPENDEN LA VIDA DE NUESTRA PEQUEÑA (...)**, lo que representa un latente riesgo a la VIDA y SALUD de nuestra hija, y una **POTENCIAL SENTENCIA A MUERTE**. ... (Sic)".

CONSIDERANDO III

Este Tribunal de alzada, al realizar el análisis, estudio de las actuaciones y confrontación de los argumentos vertidos por los recurrentes considera:

CON RELACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN PLANTEADO POR MAURICIO FARFÁN DONIS, CON LA CALIDAD ACREDITADA, y que se relaciona a la inobservancia del artículo 123 literal c) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, porque a su criterio se violan las reglas de la sana crítica razonada, en su regla de derivación del principio lógico de razón suficiente y la inaplicación del artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala; es esencial expresar que debido a que la fundamentación como parte de la sana crítica razonada facilita el adecuado ejercicio del derecho de defensa de quienes tienen las condiciones de partes y es un factor de racionalidad en el desempeño de las funciones jurisdiccionales y para controlar el discurso probatorio, evitar las arbitrariedades del juez y salvaguardar la eficacia de la Tutela Judicial Efectiva, corresponde observar uno los principios de la sana crítica razonada el cual consiste en la exigencia de la motivación o fundamentación de la resolución judicial, concebida como la exteriorización del pensamiento del juez, al justificar las razones y realizar la motivación racional para dictar su fallo, lo cual garantiza hasta el límite de lo permitido la coherencia de su decisión adecuándola al marco de legalidad y la conclusión de certeza jurídica, en consecuencia no basta con que se transcriban las partes conducentes de lo sucedido durante la sustanciación de todas las audiencias, se requiere que al dictar un fallo explique en forma racional, lógica, coherente y entendible el proceso intelectual realizado para arribar a una determinada conclusión, porque las

partes han aportado los elementos probatorios que sustentan sus respectivas posiciones; y al realizar el estudio del fallo impugnado se advierte que no se encuentra debidamente fundamentado por qué se considera que Clínicas para Oír Mejor, ha vulnerado los derechos fundamentales de la niña protegida, ya que de su lectura no se advierte el iter lógico realizado por la juzgadora, al limitarse en cada medio de prueba, al decir si le otorgaba o no valor probatorio y nunca el razonamiento en conjunto del porque los medios de prueba valorados, le hacen concluir en lo resuelto en su documento sentencial, consignando únicamente en el documento sentencial, a saber: "... *Clínicas para Oír mejor debe restituir a (...) en su derecho a un nivel de vida adecuado en virtud de haber sido dicha institución quien realizaba el procedimiento radiológico en el momento de ser sedada (...) por el doctor Raul Rodríguez Roman en las instalaciones de TECNISCAN DE GUATEMALA SOCIEDAD ANÓNIMA como haber hecho pagos a los progenitores para ir solventando la situación medica de la niña en protección...(sic)*".

El juez debe observar para determinar el valor probatorio de cada elemento de prueba, las reglas de la sana crítica razonada y para procurar así el convencimiento propio del juez sobre la confirmación o no de la hipótesis que sustentan los sujetos procesales; al juzgador le incumbe realizar el análisis racional y lógico, por lo que es obligatorio que motive todas sus resoluciones, demostrando el nexo entre sus conclusiones y las pruebas en las que basa su resolución. La exigencia de motivar o fundamentar racionalmente las sentencias, es la condición de su validez. Las reglas de la sana crítica no son otra cosa que el análisis racional y lógico de la prueba; es racional, por cuanto debe ajustarse a la razón o el discernimiento; es lógico, por tener que enmarcarse dentro de las leyes del conocimiento, lo uno y lo otro se efectúa, por regla general, mediante un silogismo, cuya premisa mayor la constituyen las normas de la experiencia y la menor situación en particular, para obtener una conclusión determinada. Esas reglas de la experiencia atañen a todos los campos, esto es, en el aspecto físico, social, psicológico, técnico, científico, etc.; la correcta aplicación deriva en que las conclusiones, sean fruto racional de las pruebas en que se apoye el juzgador y tienen como límite la corrección del pensamiento, respetando los principios de recta razón es decir las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común, análisis y razonamiento, que los que ahora juzgamos, no advertimos en la sentencia ahora recurrida, por lo que al consistir esta falta de fundamentación, un defecto absoluto de forma se

declara con lugar el recurso de apelación presentado por Mauricio Farfán Donis, en la calidad acreditada y en consecuencia se revoca la sentencia venida en grado, ordenando a la juzgadora de primer grado dicte la que en derecho corresponde, sin los vicios acá expuestos, fundamentando debidamente todos y cada uno de los supuestos que tenga por probados y los que a su juicio no ameriten ser valorados como tales; por lo que en ese sentido se hará constar en el apartado respectivo de la presente sentencia de segundo grado.

CON RELACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN PLANTEADO POR GUILLERMO ALBERTO ROSALES PÉREZ, Representante Legal del Tecniscan de Guatemala Sociedad Anónima, dejando constancia que por la forma en que se ha resuelto el recurso de apelación presentado por MAURICIO FARFÁN DONIS, con la calidad acreditada nos encontramos limitados acerca del pronunciamiento de la procedencia o no del presente recurso, sin embargo en respeto a la tutela judicial efectiva y después de efectuar el examen confrontativo entre la sentencia venida en grado, el Recurso de Apelación interpuesto, y los agravios aducidos, al punto advierte que la sentencia venida en grado tiene la motivación adecuada en cuanto al ahora recurrente, por cuanto contiene razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el Juzgador apoya su decisión, y que se consigna en los apartados conducentes de la misma, ya que se expone en forma clara los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la decisión tomada en cuanto al apelante; es decir que lo resuelto por la Juez A quo, si es válido porque contiene la motivación suficientes para emitir el fallo, pues es lógica, expresa, completa y no contradictoria, es decir es una motivación legítima, relacionada con los agravios aducidos por el recurrente; a este respecto resulta prudente transcribir el apartado donde la juzgadora considera el porque de la vulneración de los derechos fundamentales de la protegida: "... *TECNISCAN DE GUATEMALA SOCIEDAD ANÓNIMA debe de restituir a (...) en su derecho a un nivel de vida adecuado en virtud de haber sido en sus instalaciones que se realizó el procedimiento de sedación por el doctor Raúl Rodríguez Roman... Aunado a lo manifestado por los progenitores de la niña en protección quienes indicaron que fueron remitidos por Clinicas para Oír (sic) Mejor a las instalaciones de TECNISCAN DE GUATEMALA SOCIEDAD ANÓNIMA, lugar al cual se presentaron y cancelaron la sedación... por lo cual Tecniscan de Guatemala Sociedad Anónima es responsable de la vulneración al derecho a un nivel de vida adecuado de (...) lo cual queda debidamente probado con*

lo argumentado y con la fotocopia de la factura J numero quinientos cincuenta y cuatro setecientos setenta y uno emitida a nombre del señor Ronal Flores (prueba 3) que fue a TECNISCAN DE GUATEMALA SOCIEDAD ANÓNIMA a la institución que se le cancelo la sedación indicada en las actuaciones...”; esta Sala estima, que de conformidad con el sentido y alcance del artículo 430 del Código Procesal penal, los Juzgadores de Segundo Grado, en el examen del juicio de Primer Grado, se encuentran limitados para censurar los hechos y hacer mérito de las probanzas, porque ésta es una facultad legal del Juzgador de Primera Instancia, y al examinar los argumentos denunciados por el recurrente, precisamente pretende que los Juzgadores de Segunda Instancia, rebasen aquella limitación legal, valorando nuevamente los medios de prueba reproducidos en el debate. No se hace pronunciamiento sobre la procedencia o no del presente recurso planteado, dada la forma en que se resolvió el primer recurso planteado.

AL CONSIDERAR EL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR (...) y (...), dejando constancia que por la forma en que se ha resuelto el recurso de apelación presentado por MAURICIO FARFÁN DONIS, con la calidad acreditada nos encontramos limitados acerca del pronunciamiento de la procedencia o no del presente recurso, sin embargo en respeto a la tutela judicial efectiva, este tribunal establece:

En cuanto al primer sub-motivo indicado, que se relaciona a la orden emanada de la juzgadora para que la niña protegida sea trasladada al Hospital Roosevelt, del estudio del expediente de primer grado se advierten contradicciones en los medios de prueba valorados por la juzgadora y que se relacionan al agravio ahora aducido, ya que como obra en la sentencia ahora recurrida, en la prueba identificada con el número trece -folio novecientos setenta y ocho reverso- la juzgadora hace constar: “... Informe de fecha veinticuatro de abril de dos mil diecisiete, signado por el Director General del Sistema Integral de Atención en Salud -SIAS- del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, Doctor Luis Enrique Castellanos López, al cual se le otorga valor probatorio por concluir que el Hospital Roosevelt y el Hospital San Juan de Dios, son los únicos que cuentan con una unidad e (sic) cuidados críticos tanto neonatal como pediátrico, totalmente equipado para pacientes de manejo agudo (Morbilidad Inmediata), no así para pacientes de morbilidad crónica, tal como es el caso de la niña (...) ya que para el manejo adecuado del caso, sería una unidad exclusiva e indefinida en tiempo para el manejo de su patología tanto del cuidado

directo de la ventilación mecánica como en los servicios de apoyo. Además ningún Hospital dentro de la Red Hospitalaria Nacional, cuenta con servicios de traslado de cuidados críticos ya que la paciente en ese sentido, necesita un manejo especializado...” -el resaltado y subrayado es propio-; del mismo modo la prueba identificada con el número dieciséis que se refiere a: “... Informe de fecha dos de mayo de dos mil diecisiete, suscrito y firmado por el Subdirector Médico, Doctor Maynor Alberto Herrera Méndez, Médico del Hospital Roosevelt al cual se le confiere valor probatorio - el resaltado y subrayado no aparece en el original- por concluir que sobre el traslado de la menor (...), se hace de su conocimiento que aunque se tiene limitación de espacio físico, se realizó la coordinación con los médicos del área de intensivo de pediatría para el traslado de la menor, por lo que no existe ningún inconveniente en que se reciba a dicha paciente para que continúe con el tratamiento médico en esta unidad hospitalaria...”; de donde se advierte la contradicción antes indicada, ya que por un lado la juzgadora otorga valor probatorio a un informe en el cual se le pone de conocimiento de que en la red hospitalaria nacional no existe un nosocomio que pueda atender de manera eficaz la situación especial de la niña protegida y por el otro, valora un informe, mismo que dentro de la tramitación de la acción constitucional de Amparo identificado con el número un mil quince guion dos mil diecisiete guion ciento cinco a cargo del oficial quinto y notificador primero de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia constituida en Tribunal Constitucional de Amparo, fue dejado sin efecto de manera definitiva al haberse otorgado dicha acción constitucional planteada por (...) y (...), en el cual se pone de su conocimiento que pueden aceptar el traslado de la referida niña, contradicción que no puede perdurar dentro de la tramitación del presente proceso de protección en aras de respetar los derechos fundamentales de la niña protegida; es en este punto donde los que ahora juzgamos del estudio respectivo del documento sentencial ahora recurrido, verificamos el hecho de que la juzgadora de manera correcta, procedió dentro de la tramitación del proceso de protección a realizar un reconocimiento judicial de las instalaciones del Hospital Roosevelt donde podría ser trasladada la niña en mención, como quedó plasmado de la sentencia de mérito en el numeral veintiuno del apartado de medios de prueba, -obrante a folio novecientos ochenta-, en donde la juzgadora hace constar: “... En dicha Unidad de Cuidados Intensivos de Pediatría, se cuenta común (sic) área llamada de “aislamiento”, el cual es un cubículo en el cual (...) se encontraría de manera aislada al resto de la población ingresada en el servicio, con el

espacio físico necesario para su condición; así mismo, se observó que esté (sic) espacio cuenta con toma de Oxígeno (necesario para los cuidados de la terapia respiratoria con ventilación mecánica); así mismo se indicó verbalmente por parte del jefe de servicio y por parte del Director en funciones del Hospital Roosevelt, que se cuenta con los medicamentos y medios de alimentación necesarios para que la menor de edad tenga los cuidados y calidad de vida esperados, al momento de ser trasladada...”; sin embargo se advierte que la juzgadora en ningún momento dentro de dicho reconocimiento, procedió a verificar de manera fehaciente que lo dicho de manera verbal fuera totalmente cierto, en el sentido de establecer la existencia de todos los medicamentos que se le suministran a la protegida, así como de el equipo médico que la misma necesitará de manera ininterrumpida por un largo período, considerando los que ahora juzgamos, dicha diligencia como urgente por la especial situación que impera en la salud de la niña en protección.

Este tribunal en auto para mejor fallar dictado el veinticuatro de julio del año en curso, ordenó entre otras cosas, que el Instituto Nacional de Ciencias Forenses rindiera informe en el cual se verificara la posibilidad o viabilidad del traslado de la niña (...) del nosocomio en el cual se encuentra interna actualmente, a una vivienda que reúna todas las condiciones de un intensivo hospitalario para el cuidado y recuperación de esta, ante lo cual dicho instituto en informe presentado ante este órgano jurisdiccional el veinte de agosto del año en curso y signado por el doctor Francisco Javier Mejía Milián, en el apartado de conclusiones, advierte: “... Resulta prudente trasladar a (...) a una casa de habitación toda vez se cuente al momento del traslado con un espacio donde haya sido instalado un intensivo hospitalario para el cuidado y recuperación de la persona evaluada. Este intensivo deberá contar con los medios necesarios para continuar con la dieta descrita en la literal a. del numeral 4.3, todos los medicamentos descritos en la literal b. del numeral 4.3 y los cuidados especiales (sic) descritos en la literal c. del numeral 4.3 del presente Dictamen Pericial, ya que el estado de salud de la persona evaluada depende de todos estos... Se deberá contar con equipo que es estrictamente necesario para garantizar el buen estado de salud de la persona evaluada, como lo es ventilador mecánico, Oxígeno (sic) suplementario, sistema de succión al vacío para las secreciones del tracto respiratorio, cánulas de traqueostomía, equipo de resucitación avanzada, monitor de signos vitales, una cama de intensivo con el colchón adecuado, acceso inmediato a transporte de emergencia ante cualquier situación que ponga en riesgo la vida de (...), así como el acceso inmediato a un centro asistencial... Así mismo, se debe

contar con un equipo profesional multidisciplinario en el cual se cuente con Pediatra Intensivista, Nutricionista, Neumólogo pediatra, que deberán estar disponibles al llamado las veinticuatro horas y realizar evaluaciones periódicas para determinar la evolución de la persona evaluada; así como Fisioterapista, Técnico en terapia respiratoria, Auxiliar de enfermería con conocimientos de cuidados intensivos, los últimos tres deberán estar a (sic) de forma permanente las veinticuatro horas del día, tal y como se dispone en la unidades de cuidados intensivos...”; de ahí que a criterio de este Tribunal y dada la forma en que se ha resuelto el primer recurso de apelación presentado, se considera necesario que la juzgadora en la nueva sentencia que deberá de dictar, tome en consideración lo informado por el Instituto Nacional de Ciencias Forenses, en cuanto al lugar al cual pudiera ser trasladada la protegida, si en determinado caso la juzgadora de primer grado así lo considera necesario y siempre teniendo en consideración la Iatrogenia y sus consecuencias, asimismo, este Tribunal recomienda a la Aquo, como se indicó anteriormente, si así lo considera necesario, cuando llegue a darse el traslado de la niña protegida que sea directamente del Sanatorio Nuestra Señora del Pilar hacia el intensivo en casa que se adecue para su bienestar, ya que en audiencia de segunda instancia celebrada el veinticuatro de julio del año en curso, el doctor Marco Antonio Barrientos Rivas, Director del Hospital Roosevelt, manifestó a este Tribunal ante la pregunta realizada por los magistrados de esta Sala, con respecto a que si él consideraba que pueda estar en riesgo la vida de (...), con alguna situación de infección dentro del Hospital Roosevelt, a lo que respondió: “Como todo paciente, todo depende de la circunstancia, del momento, si un nosocomio y más hospital Roosevelt que maneja mil doscientos pacientes, día con día, el riesgo de infecciones es más alto que una institución distinta que una institución privada”. Recomendación que este tribunal encuentra sustento para que no se sigan vulnerando los derechos fundamentales de la niña protegida. Se ordena certificar una copia del informe presentado por el Instituto Nacional de Ciencias Forenses en su momento procesal oportuno, para que la juez de primer grado tenga conocimiento de lo informado a este Tribunal.

En cuanto al segundo sub-motivo argumentado y que se refiere a las direcciones señaladas en el documento sentencial para que albergue el intensivo pediátrico para la niña (...), los que ahora juzgamos advertimos que el bien inmueble que se decida deberá de albergar el intensivo pediátrico u hospitalario, de ser esa la decisión tomada por la juzgadora, debe de reunir todas las características

necesarias para dicho fin, siendo primordial que la juzgadora al momento de dictar la sentencia que en derecho corresponda, fundamente su decisión de una manera correcta, por lo que deberá tomar todas aquellas medidas que considere necesarias para que dicho fin sea cumplido, como por ejemplo la coordinación entre los progenitores de la niña de mérito y las instituciones que deberán de hacerse cargo del montaje de dicho intensivo, por lo que se conmina a la juzgadora a que, antes de dictar la sentencia correspondiente, vele porque el lugar escogido sea el ad-hoc para dicho fin, tomando en cuenta la necesidad de la niña protegida de ser trasladada en caso de emergencia a un Centro Asistencial que reúna las condiciones necesarias para su atención.

Con relación al tercer sub-motivo expresado por los progenitores de la niña (...), relacionado al hecho de que en la sentencia de primer grado se ordena que la progenitora sea capacitada para que sea esta la que atienda a la protegida, los que ahora juzgamos de conformidad al informe rendido por el doctor Francisco Javier Mejía Millán del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, que en el apartado de conclusiones estableció: *“...Resulta prudente trasladar a (...) a una casa de habitación toda vez se cuente al momento del traslado con un espacio donde haya sido instalado un intensivo hospitalario para el cuidado y recuperación de la persona evaluada... Así mismo, se debe contar con un equipo profesional multidisciplinario en el cual se cuente con Pediatra Intensivista, Nutricionista, Neumólogo pediatra, que deberán estar disponibles al llamado las veinticuatro horas y realizar evaluaciones periódicas para determinar la evolución de la persona evaluada; así como Fisioterapeuta, Técnico en terapia respiratoria, Auxiliar de enfermería con conocimientos de cuidados intensivos, los últimos tres deberán estar a (sic) de forma permanente las veinticuatro horas del día, tal y como se dispone en la unidades de cuidados intensivos...”* –el subrayado y resaltado es propio-; por lo que se concluye que de ser la decisión tomada por la juzgadora, de trasladar a la niña (...) al hogar donde se tendrá que instalar el intensivo hospitalario, también deberá de tomar en cuenta lo anteriormente considerado, en el sentido de que se deberá de contar con **personal capacitado** en el área de cuidados intensivos, dada la situación especial que aqueja a la niña protegida, ya que la madre de esta, a criterio de este Tribunal, en determinado punto no podrá suplir los conocimientos de un médico o del personal de enfermería. No se hace pronunciamiento sobre la procedencia o no del presente recurso planteado, dada la forma en que se resolvió el primer recurso planteado.

CITA DE LEYES: Los citados y 1, 2, 3, 12, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 51, 52, 71, 86, 87, 88, 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial.

PORTANTO: Esta Sala con base en lo considerado y leyes citadas al resolver DECLARA: I.- Con lugar el recurso de apelación presentado por Mauricio Farfán Donis, en la calidad acreditada y en consecuencia se revoca la sentencia venida en grado, ordenando a la juzgadora de primer grado dicte la que en derecho corresponde, sin los vicios acá expuestos; **II.-** Por la forma en la que se resuelve, no se hace pronunciamiento alguno sobre la procedencia o no de los demás recursos planteados; **III.-** El Tribunal recomienda a la Aquo, tomar en consideración todo lo aquí considerado al momento de dictar la sentencia correspondiente; **IV.-** Con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al juzgado de origen. Notifíquese.

Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Presidente; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Primero; Joaquín Medina Bermejo Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

24/08/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - 27-2018

01174-2018-00027 Of. 1º SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Guatemala, veinticuatro de agosto del año dos mil dieciocho.-

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, que resuelve el recurso de Apelación interpuesto por (...), contra la sentencia de fecha nueve de mayo del año dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana.

I. IDENTIFICACIÓN DE LA NIÑA PROTEGIDA:

a) (...), de un año de edad, nació el nueve de mayo del año dos mil diecisiete, hija de (...) y de (...), según consta en certificado de nacimiento extendido por el Registro Civil de las Personas, del Registro Nacional de las Personas del departamento de Guatemala,

identificado con el código único de identificación número tres mil setecientos cuarenta y dos once mil setecientos noventa y cinco cero ciento uno (3742117950101).

EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

La Juez de la Causa, en la sentencia recurrida, DECLARÓ: "... LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA NIÑA (...) EN CUANTO A ESTABILIDAD DE LA FAMILIA, por lo que para restituirlos dicta las siguientes medidas de protección: «I) Se CONFIRMA la declaratoria de responsabilidad de la niña (...), con el señor (...), para su cuidado y protección integral; II) Se confirma la autorización de relación de la señora (...) con la niña (...), los días sábados de nueve a dieciocho horas... IV) SE CONFIRMA EL ARRAIGO DE LA NIÑA (...) ordenado por este juzgado con fecha DOS DE FEBRERO DE DOS MIL DIECIOCHO...".

II.- DE LA AUDIENCIA ORAL Y PRIVADA: La audiencia oral y privada de segunda instancia, se llevó a cabo el veintiuno de agosto del año dos mil dieciocho a las diez horas con treinta minutos, en la cual los sujetos procesales hicieron las argumentaciones que consideraron pertinentes.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado es garantizar la correcta aplicación de la justicia, mediante la cual se logra el desarrollo integral de la persona, dentro del marco del respeto de las Garantías y Derechos Fundamentales inherentes a las partes y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada por la ley adjetiva a las partes, el cual se hace efectivo mediante el Recurso de Apelación; tomando en consideración que es función de este órgano colegiado conocer y resolver los Recursos de Apelación que se interpongan y que la ley faculta realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia y dictar el fallo que se ajuste a las pretensiones de las partes procesales, garantizando la seguridad en la aplicación de la justicia, obteniendo con ello la paz social.

CONSIDERANDO II

La interponente del primer recurso de apelación, manifiesta sus agravios y expresa: "... Separación de mi persona de mi menor hija por seis días de la semana, tiempo durante el cual no puedo comunicarme con ella ni mucho menos atenderla, situación que constituye violación al derecho que tengo de proteger a mi familia tal

como lo establece el artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala... No se tomó en cuenta la edad de mi menor hija la cual debería de estar con la madre, aparte de las razones legales, para continuar con la relación familiar madre-hija (unidad e integridad) lo que provoca aparte de la separación física también la emocional, psicológica, sentimental, espiritual y la identidad... Mi derecho de igualdad. Aún cuando la relación con el padre de mi hija fue de hecho (no contrajimos matrimonio), mi hija nació cuando nos encontrábamos separados por lo que yo constituyo su familia de origen y por ende no debió tenerse en cuenta la mejor situación económica en cuanto a ingresos se refiere a favor del padre de mi menor hija por cuanto yo también cuento con ingresos suficientes, siendo en consecuencia esa circunstancia violatoria a los derechos de mi menor hija y de mi persona al no haberse valorado en forma integral los elementos probatorios...". Solicita se declare con lugar el recurso interpuesto y en consecuencia se ordene la entrega de la niña protegida al lado de la progenitora, ahora recurrente.

CONSIDERANDO III

Este Tribunal de alzada, al realizar el análisis, estudio de las actuaciones y confrontación de los argumentos vertidos por el recurrente considera:

El artículo 123 literal c) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece la obligación que tiene el juzgador de dictar la sentencia correspondiente, valorando los medios de prueba aportados de conformidad a las reglas de la sana crítica razonada; por lo que resuelta esencial expresar que debido a que la fundamentación como parte de la sana crítica razonada facilita el adecuado ejercicio del derecho de defensa de quienes tienen la condiciones de partes y es un factor de racionalidad en el desempeño de las funciones jurisdiccionales, para controlar el discurso probatorio y evitar las arbitrariedades del juez, así como salvaguardar la eficacia de la Tutela Judicial Efectiva; corresponde observar uno de los principios de la sana crítica razonada, el cual consiste en la exigencia de la motivación o fundamentación de la resolución judicial, concebida como la exteriorización del pensamiento del juez, al justificar las razones y realizar la motivación racional para dictar su fallo, lo cual garantiza hasta el límite de lo permitido la coherencia de su decisión adecuándola al marco de legalidad y la conclusión de certeza jurídica, en consecuencia no basta con que se transcriban las partes conducentes de lo sucedido durante la sustanciación de todas las audiencias, se requiere que al dictar un fallo explique en forma racional, lógica, coherente y entendible el proceso intelectual realizado para arribar a una determinada

conclusión, porque las partes han aportado los elementos probatorios que sustentan sus respectivas posiciones, lo que sucede en la sentencia de mérito, ya que la juzgadora fundamenta de manera debida su fallo, concatenando los medios prueba valorados, para darle sustento a la decisión tomada, como se extrae del documento sentencial: “... Al tomar en consideración el recurso más idóneo para cuidar de (...) no puede tomarse en consideración el factor económico como lo establece el artículo 21 de la Ley de Protección Integral de la Adolescencia (sic) y siendo que ambos padres constituyen recurso idóneo se debe tomar en consideración que en su momento la progenitora entrego a la niña en protección al padre y abuela paterna por no poder contratar una niñera calificada, lo cual denota que no existió interés en la progenitora de mantener a su hija a su lado... Es importante indicar que el hecho que la progenitora trabaje no es límite para que la niña en protección permanezca a su lado, pero de acuerdo a los informes ya valorados es necesario que la progenitora previo a ser tomada en cuenta para responsabilizarse del cuidado de la niña en protección debe de asistir a escuela para padres y tratamiento psicológico para tener mas y mejores herramientas de cómo reaccionar en un momento de tensión...”.

La ahora recurrente manifiesta que se han vulnerado sus derechos, ya que la juzgadora de primer grado, no valoró los medios de prueba por ella aportados al proceso, criterio que no compartimos los que ahora juzgamos, ya que de la lectura de la sentencia recurrida, se advierte que dicho argumento carece de fundamento jurídico, ya que la A quo si valoró los aportados por la recurrente, como se establece en dicha sentencia: “... **MEDIOS DE PRUEBA APORTADOS POR EL (sic) PROGENITORA:** 1) Declaración de parte del señor (...) a la cual se le da valor probatorio por establecer que el progenitor tiene bajo su cuidado a la niña en protección y en el momento de iniciar la denuncia no contaba con una orden que le acreditara tenerla. 2) Testimonio de la señora (...) al cual no se le da valor probatorio toda vez que al ser concatenado con los medios de prueba relacionados el dicho de la testigo proporciona una versión distinta de lo que ocurrió. 3) Videos y fotografías a las cuales se les da valor probatorio por establecer que (...) se encuentra identificada con la progenitora. 4) Fotocopia de mensajes a los cuales se les da valor probatorio por establecer la comunicación entre los progenitores de la niña en protección...””; se advierte que la juzgadora, haciendo uso de las atribuciones otorgadas por la ley y con la fundamentación legal correspondiente, sí le otorgó valor probatorio a la prueba que consideró pertinente y relevante, como lo es el razonamiento que realiza en relación a las

fotografías y declaraciones –citadas anteriormente–, de donde se establece que la argumentación vertida por la recurrente no es cierta, ya que el hecho de la juzgadora no le otorgue el valor que la apelante pretende, no significa que se vulneren los derechos de la misma, ni de la niña sujeta a protección. Aunado a lo anterior, esta Sala estima, que de conformidad con el sentido y alcance del artículo 430 del Código Procesal penal, los Juzgadores de Segundo Grado, en el examen del juicio de Primer Grado, se encuentran limitados para censurar los hechos y hacer mérito de las probanzas, porque ésta es una facultad legal del Juzgador de Primera Instancia, y al examinar los argumentos denunciados por el recurrente, precisamente pretende que los Juzgadores de Segunda Instancia, rebasen aquella limitación legal, valorando nuevamente los medios de prueba reproducidos en el debate.

Por lo anteriormente considerado, se declara sin lugar el recurso de apelación presentado por (...), contra la sentencia de fecha nueve de mayo del año dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana y en consecuencia se confirma la sentencia venida en grado, por lo que así se hará constar en el apartado respectivo.

CITA DE LEYES: Los citados y 1, 2, 3, 12, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 51, 52, 71, 86, 87, 88, 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial. -

POR TANTO: Esta Sala con base en lo considerado y leyes citadas al resolver DECLARA: I.- Sin Lugar el recurso de apelación presentado por (...), contra la sentencia de fecha nueve de mayo del año dos mil

dieciocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana; II.- En consecuencia se confirma la sentencia venida en grado; III.- Con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al juzgado de origen. Notifíquese.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Segundo; Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

31/08/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - 1213-2016

01174-2016-01213 Of. 1º SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Guatemala, treinta y uno de agosto del año dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, que resuelve los recursos de Apelación interpuestos el primero por (...) (único nombre y apellido) y el segundo por (...), ambos contra la sentencia de fecha quince de marzo del año dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana, en vista de lo resuelto por Cámara de Amparo y Antejuicio.

I. IDENTIFICACION DEL NIÑOS PROTEGIDO:

a) (...), de ocho años de edad, nació el veintidós de octubre de dos mil ocho, hijo de (...) y de (...), según consta en certificado de nacimiento extendido por el Registro Civil de las Personas del Registro Nacional de las Personas del departamento de Guatemala, identificado con el código único de identificación número dos mil veinticuatro treinta mil seiscientos ochenta y cinco cero ciento uno (2024306850101).

II.- EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez de la Causa, en la sentencia recurrida, **DECLARÓ:** "... I) *Violación a los derechos humanos del niño (...), específicamente al derecho a la estabilidad de la familia, a ser protegido contra toda forma de maltrato en sus modalidades de descuidos o tratos negligentes y abuso emocional, derechos vulnerados por parte de sus progenitores (...) y (...),* II) *En cuanto a lo solicitado por el abogado del progenitor, no ha lugar por las razones expuestas en audiencia;* III) *Se revoca el abrigo provisional del niño de mérito otorgado con anterioridad a la señora (...);* IV) *Que el niño (...) sea abrigado en forma definitiva, en familia biológica, con su progenitora (...), bajo declaratoria de responsabilidad de su cuidado integral;* V) *Que el niño de mérito reciba las atenciones necesarias de acuerdo a su edad y condición, se le garantice su derecho a la salud y educación, cuidados integrales, continúe cursando el presente ciclo escolar y reciba terapia psicológica hasta que el profesional que lo atienda lo considere, por lo que deben presentar las constancias de asistencia respectivas;* VI) *Que los progenitores del niño de mérito concluyan escuela de padres y terapia psicológica y*

sean presentadas las constancias de asistencia respectivas; VII) *Se autoriza la convivencia o relación familiar del niño protegido con su progenitor y abuela paterna cada quince días, del día sábado debiendo entregarlo la progenitora entre las ocho y nueve horas y recogerlo el domingo a las cuatro de la tarde, por lo que debe la progenitora llevar y recoger al niño a la residencia del progenitor y abuela paterna, señora (...), en San Isidro;* VIII) *Se amonesta a los progenitores del niño de mérito, señores (...) y (...), por vulnerar sus derechos humanos y por la negligencia en su cuidado y protección..."*.

III.- DE LA AUDIENCIA ORAL Y PRIVADA: La audiencia oral y privada de segunda instancia, se llevó a cabo el seis de junio del año dos mil diecisiete a las diez horas con treinta minutos, en la cual los sujetos procesales hicieron las argumentaciones que consideraron pertinentes.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado es garantizar la correcta aplicación de la justicia, mediante la cual se logra el desarrollo integral de la persona, dentro del marco del respeto de las Garantías y Derechos Fundamentales inherentes a las partes y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada por la ley adjetiva a las partes, el cual se hace efectivo mediante el Recurso de Apelación; tomando en consideración que es función de este órgano colegiado conocer y resolver los Recursos de Apelación que se interpongan y que la ley faculta realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia y dictar el fallo que se ajuste a las pretensiones de las partes procesales, garantizando la seguridad en la aplicación de la justicia, obteniendo con ello la paz social.

CONSIDERANDO II

El señor (...), interponente del primer recurso de apelación manifiesta sus agravios y expresa: "... es evidente que el Juez a quo en la sentencia apelada, no aplicó al valorar los medios de prueba de valor decisivo, lo relativo a las reglas de la Sana Crítica Razonada, ya que no indicó las razones por las cuales NO LE CONFIERIÓ (sic) VALOR PROBATORIO a determinados documentos, específicamente, las pruebas que se identifican con los números... en las cuales el juez a quo, se limitó a indicar que no les confería valor probatorio, y que solo se tomarían como referencia del presente proceso, por el tiempo transcurrido desde la realización de los mismos, pero no indicó las razones por las cuales el tiempo afecta el contenido de los mencionados documentos, violentando también el principio de FUNDAMENTACION de

las sentencias. Con relación a las pruebas números... el juez a quo también omitió aplicar lo relativo a las reglas de la Sana Crítica Razonada, ya que no indicó las razones por las cuales NO LE CONFIRIÓ VALOR PROBATORIO, sino que únicamente se limita a indicar, que dichos documentos solo se toman como referencia del presente proceso, incurriendo también de esa forma, en violación al Artículo 11 Bis (sic), es decir al principio de fundamentación de las sentencias... el Juez a quo, no tomó en cuenta las conclusiones ni recomendaciones contenidas en los estudios y dictámenes rendidos por los profesionales del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, ni de la Procuraduría General de la Nación, ya que en los pasajes donde entra a valorar prueba, no figuran los razonamientos que inducen al juzgador, a no conferirle valor probatorio a los documentos referidos en los párrafos anteriores, lo cual de conformidad con el Artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, constituye un defecto absoluto de forma, así como una evidente violación a la Garantía Constitucional de Defensa y Debido Proceso... El agravio que me causa la sentencia apelada, consiste en que el Juez a quo resolvió otorgar el Abrigo Definitivo a la progenitora del menor de mérito, sin tomar en cuenta lo manifestado por el propio menor durante todo el proceso, así como las pruebas documentales que obran en autos, las cuales demuestran fehacientemente, que fue precisamente la progenitora quien maltrato a mi hijo menor de edad, y no el hoy recurrente...".

Por su parte la señora (...) en su memorial de agravios, expresa los motivos de su recurso de apelación, al expresar: "... no estoy de acuerdo únicamente con el numeral romano I) de dicha sentencia, por medio de la cual se me DECLARA que soy violadora de los derechos humanos de mi hijo... al sentenciarme de tal manera los agravios que me causa la Sentencia dictada únicamente en ese punto específico, es que nunca he violentado los derechos humanos de mi hijo y se me está v (sic) sentenciando por hechos que no cometí, por el contrario a lo único que me he dedicado en cuerpo y alma es a tratar de que se le restituyan sus derechos... el que ha violentado los derechos humanos del niño es el progenitor el señor (...), al estar interponiendo una serie de denuncias sin fundamento, calumniosas y falsas, con el afán de desprestigiarme ante las autoridades judiciales...".

CONSIDERANDO III

En resolución de fecha veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete, Cámara de Amparo y Antejuiicio de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la acción constitucional de amparo planteado en contra de este órgano jurisdiccional, el que fuera presentado por (...), resolvió: "... Hecho el estudio de los antecedentes y de la petición formulada, esta Cámara estima, que

si bien es cierto, según los informes presentados por los profesionales de Psicología y Trabajo Social de la Procuraduría General de la Nación, ambos padres pueden catalogarse como recursos familiares idóneos para abrigar en definitiva al menor de edad (...), la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, al dictar la sentencia impugnada se extralimitó en determinar únicamente en base a lo respondido por el niño, sin ser auxiliado por ningún profesional de psicología, que el recurso familiar idóneo para el niño es el padre, pues debió haber analizado todas las pruebas presentadas en su conjunto, no aisladamente lo respondido por el menor de edad, que por su corta edad puede ser manipulado, consta en autos que la madre del menor de edad, que lo ha tenido a su cuidado hasta el momento, le ha procurado protección y cuidado e inclusive se puede observar ello en las distintas exhibiciones personales que se le han realizado, en virtud de lo cual, no existe fundamento para arrebatarlo nuevamente del que, al día de hoy se ha constituido en su seno familiar, para volver a iniciar un proceso de adaptación, siendo el caso que el padre también podrá tener acceso a visitarlo... De lo anterior se concluye que el acto reclamado en la presente acción de amparo lleva añaña violación a los derechos de la postulante pues no se le otorgó le misma oportunidad que al progenitor del menor de edad para darle valor a lo que pretendía probar, y si bien es cierto, los convenios internacionales en derechos del niño indican la importancia del testimonio del menor de edad, también es cierto que, para poder llegar a una conclusión que permita al Tribunal resolver conforme a derecho debe realizarse un estudio integral de todos los medios de convicción, razón por la cual debe otorgarse la presente acción constitucional de amparo..."

CONSIDERANDO IV

Agravios por motivos de FORMA manifestados por el señor (...) (sin otro apellido), que se refieren:
a) inobservancia de aplicación artículo 385 que regula lo relativo a las reglas de la sana crítica razonada y el numeral 3 del artículo 394 ambos del Código Procesal Penal en la valoración de las pruebas y b) inobservancia del artículo 11 bis Código Procesal Penal, en relación a la violación al derecho de defensa y el debido proceso. En lo que respecta al primer agravio indicado por el apelante es oportuno resaltar que la valoración de las pruebas que realiza el juzgador, constituyen el fundamento de la sentencia y estos no pueden de ser alterados por el recurso de apelación, de conformidad con el principio de intangibilidad de la prueba; lo que al tribunal de alzada le compete es realizar el estudio y análisis del proceso lógico y racional seguido por la juzgadora en sus juicios, para determinar si fueron observados los principios de las leyes supremas

del conocimiento que gobiernan la elaboración de los juicios, en vista de lo cual, los que ahora juzgamos nos encontramos imposibilitados para hacer mérito de la prueba o de los hechos que se declaren probados, porque juez de primer grado es soberano en la apreciación de los hechos probados y su determinación, por lo que estos extremos quedan fuera y excluidos de la órbita de competencia del tribunal de alzada, que conoce de la apelación, apreciamos que se ha realizado conforme el proceso correspondiente, aplicando de forma correcta las reglas de la sana crítica, tal y como consta de la lectura del documento sentencial recurrido.

Es oportuno determinar que la defensa es un derecho fundamental de la persona y le garantiza que durante la dilación del procedimiento se desenvolverán todas las partes intervinientes en igualdad de condiciones y le asegura también el respeto al mandato de independencia judicial. Se trata de una protección otorgada por mandato constitucional y que abarca todas las esferas del derecho y se impone a los tribunales de justicia el deber de evitar variabilidades en la posición procesal de las partes e impedir que las limitaciones del ejercicio de sus derechos puedan desembocar en una situación de indefensión. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención de las partes que intervienen. Ninguna persona podrá ser juzgado por tribunales especiales, sino por el tribunal competente debidamente pre establecido con anterioridad al conocimiento de la causa que activa al órgano jurisdiccional, derecho que fue debidamente respetado por el juzgador dentro de la carpeta judicial objeto de estudio, porque en todas las diligencias que se realizaron las partes intervinientes se auxiliaron con su respectiva defensa y en cada audiencia las partes fueron informadas del objeto de la misma y notificadas de lo resuelto en las mismas. No evidenciándose en consecuencia que al apelante la asista la razón porque no se violentó de ninguna forma el derecho de defensa.

En relación a la argumentación de violación al debido proceso, al respecto es pertinente subrayar que la garantía constitucional del debido proceso plasmada en el artículo 12 de la Constitución Política de la República contiene principios propios, características y sujetos propios, teniendo como fin evitar la vulneración de los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico nacional e internacional y representa un límite al poder de juzgar, actividad del Estado que realiza por

medio de los tribunales de justicia, con el objetivo de que las personas se encuentren en condiciones igualitarias de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlo y establece que ninguna persona puede ser juzgada por tribunales que no se encuentren preestablecidos de conformidad con la normativa legal ordinaria, deben encontrarse plenamente identificados, emanando en consecuencia el principio de legalidad, porque nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante un juez natural o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, siendo indispensable la existencia dentro del funcionamiento del Estado un sistema judicial eficiente, idóneo que garantice el derecho fundamental a la justicia. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 10, reconoce el derecho que tiene toda persona a la igualdad de condiciones a ser escuchada públicamente y con justicia por un tribunal independiente, imparcial y competente para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Mediante el debido proceso se controla la razonabilidad de las leyes tutelando los derechos individuales de la persona frente al poder público que conduce a celebrar un juicio justo. Es necesario comprender que el debido proceso puede dar comienzo con cualquier medio, siendo dinámico porque está formado por varias etapas consecutivas, que deben observarse de acuerdo a los principios que lo inspiran, diligenciamiento que observó el A quo al emitir su fallo, procedió en el ejercicio de las facultades legales que rigen su actuación y no se evidencia violación a derechos fundamentales garantizados en las leyes como se desprende del estudio de las actuaciones, no se varió la forma del proceso, porque el mismo se realizó respetando la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, por lo que por este argumento no se acoge la acción intentada.

Agravios por motivos de FONDO manifestados por el señor (...) (sin otro apellido) por errónea aplicación del artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Este Tribunal al resolver de conformidad a lo declarado por Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia en la resolución antes citada considera, de conformidad al medio de prueba identificado como ciento dos, informe psicológico de determinación de recurso familiar de fecha catorce de marzo del año dos mil diecisiete

rendido por le licenciado Carlos Estuardo Soto Ramos de la Procuraduría General de la Nación, obrante a folios ochocientos seis y ochocientos siete de la pieza de primer grado en donde el juzgador al otorgarle valor probatorio considera: “... Al cual se le confiere valor probatorio, ya que el mismo es determinante en cuanto que el más idóneo recurso familiar para velar por el cuidado, protección, desarrollo y crianza del niño de mérito es su progenitora, quien actualmente y durante toda la tramitación del presente proceso ha demostrado su interés de abrigar y proteger a su hijo...” –el resaltado y subrayado es propio-; así mismo de la consideración del juzgador al momento de tomar la decisión final se extrae: “... lo cual se hace a través de tomar en cuenta con la valoración respectiva, los estudios sociales y psicológicos practicados por los profesionales de Procuraduría General de la Nación, profesional de CAIFGUA (sic), profesional del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, opinión y solicitud del abogado representante de Procuraduría General de la Nación y por la opinión profesional de la Psicóloga adscrita a este Juzgado como miembro del equipo multidisciplinario del mismo, quienes según las circunstancias y el cumplimiento respectivo de los programas ordenados por este juzgado, ubicaron como recurso familiar idóneo a su progenitora, señora (...), quien es recurso familiar que se recomienda, manifestando y demostrando ella totalmente su deseo e interés en responsabilizarse del cuidado y protección de su hijo...”; por lo que los que ahora juzgamos, en vista de lo ordenado por la Cámara antes referida y por lo anteriormente considerado, declara sin lugar el recurso de apelación presentado y así se hará constar en el apartado respectivo.

En cuanto al agravio manifestado por la señora (...), que se refiere la declaratoria de violación a los derechos humanos de su menor hijo protegido, es procedente referirse a los Derechos Humanos como valores fundamentales de la persona humana son normas o facultades legales, derechos morales y medio de defensa de la persona frente a las múltiples necesidades individuales; las normas protegen a la persona en lo referente a la vida, libertad, igualdad, o en cualquier otro aspecto esencial que afecte su desarrollo integral como persona. Los derechos humanos son valores esenciales de la persona que le permiten vivir en armonía, con autonomía en condiciones de igualdad con los demás seres humanos, con valores morales sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, edad condición económica u origen social; son derechos que nos acompañan en todos los ámbitos de nuestra vida y nos protegen frente a los distintos problemas y necesidades que tenemos como personas y como parte de grupos sociales, familiares o de las grandes colectividades.

El conjunto de facultades que tenemos las personas deben ser incorporadas y positivizadas dentro del orden jurídico interno y como valores fundamentales y como facultades legales constituyen a la vez límites legítimos y necesarios, es por ello que en materia de niñez se han adoptado diversos instrumentos para la administración de justicia como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas de Brasilia y las Reglas para los Menores Privados de Libertad, y las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad). Como instrumento internacional se cuenta con el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, que contiene disposiciones aplicables en materia de administración de justicia de menores. En los instrumentos mencionados se reconocen derechos de los menores de dieciocho años, que por su vulnerabilidad ameritan una protección especial, entre los que se puede mencionar el derecho a la familia, derecho a la protección de ambos padres. Cuando esos derechos humanos son violentados y frente a una situación de peligro real o inminente el Estado por medio de los órganos judiciales correspondientes o por medio de los cauces legales dispone o es capaz de provocar una alteración normal del ejercicio de ciertos derechos o de declarar la vulneración o violación a determinadas libertades o garantías, con el propósito de defender y salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, como de forma concreta lo realiza el A quo en el fallo impugnado e indica en el numeral romanos I del apartado CONSIDERANDOS: “... se puede evidenciar en las consideraciones de derecho del presente fallo, porque se puede evidenciar según los medios de convicción y de prueba incorporados al proceso, que antes y actualmente el niño (...) no ha tenido estabilidad ni bienestar dentro de su familia biológica, especialmente por los conflictos personales de sus progenitores, señores (...) y (...), el cual se desprende del descuido y negligencia del que ha sido víctima por su parte, por lo que con el presente fallo se busca poderle crear las condiciones en donde el niño de mérito pueda desarrollarse en convivencia familiar en un ambiente sano, que le provea un adecuado desarrollo y crecimiento y estricto respeto de sus derechos humanos. Es por ello que es necesario que el Estado de Guatemala tome las medidas pertinentes para darle protección al niño (...)...”; de igual manera en la siguiente consideración: “... Derecho a la Protección por el Maltrato en sus modalidades de Descuidos o Tratos Negligentes y Abuso Emocional, como ya quedó enunciado en las consideraciones de derecho del presente fallo por los artículos 53 y 54 de la misma ley. Modalidad de Descuidos o Tratos Negligentes, al niño (...), también le fue vulnerado el derecho anteriormente enunciado, porque sus propios progenitores (...) y (...), que deberían

ser los responsables de su cuidado, protección y crianza, no han cumplido con esa obligación, sino que ha sido lo contrario, al ser ellos quienes con sus problemas de adultos han sometido a grave riesgo y vulneración de sus derechos humanos al niño de mérito, lo que es congruente para resolver en su favor, las medias de protección que sean más ajustadas de conformidad con la ley y restituir ese derecho violado. Por último de Abuso Emocional, porque le fue dañada en grave manera su autoestima y también su desarrollo potencial de niño, por las graves acciones y omisiones en que incurrieron sus propios progenitores, señores (...) y (...), por sus problemas personales y de adultos, con sus constantes demandas y acciones legales entre sí, vulnerando con ello sus derechos humanos, de los cuales se ha hecho referencia anteriormente...”.

Por lo anteriormente considerado se declara sin lugar el recurso de apelación planteado y así se hará constar en el apartado respectivo.

CITA DE LEYES: Los citados y 1, 2, 3, 12, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 51, 52, 71, 86, 87, 88, 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala con base en lo considerado y leyes citadas al resolver DECLARA: I.- Sin lugar el recurso de apelación presentado por (...) (único nombre y apellido) contra la sentencia de fecha quince de marzo del año

dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y

Adolescencia del Área Metropolitana; **II.- Sin lugar** el recurso de apelación presentado por (...), contra la sentencia de fecha quince de marzo del año dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana; **III.-** En consecuencia se confirma la sentencia venida en grado; **IV.-** Con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al juzgado de origen. Notifíquese.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

04/09/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - AMPARO - 165-2015

01015-2015-00165 Of. 1°. SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, CONSTITUIDA EN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AMPARO. Guatemala, cuatro de septiembre de dos mil dieciocho.

I.- Por recibida la certificación que antecede procedente de la Corte de Constitucionalidad, identificada en este Tribunal con el número mil quince guión dos mil dieciocho guión quinientos dieciocho, agréguese a sus antecedentes; **II.-** Se tiene a la vista para resolver la Acción Constitucional de Amparo individualizada en el acápite;

III) Antecedentes.

a) Interposición y autoridad recurrida: La presente Acción Constitucional de Amparo, fue interpuesta por **Pamela Sue Halouvas**, quien actúa bajo la dirección y procuración del abogado Gustavo Adolfo Monroy Mazariegos, en contra del Juez de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Sololá, abogado Carlos Enrique Rojas Fernández.

b) Terceros interesados: a) Procuraduría General de la Nación; b) Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparo y Exhibición Personal del Ministerio Público; c) (...).

c) Acto reclamado: Manifestó la amparista que el acto reclamado lo constituyen: **“a) Primer acto reclamado:** Resolución de fecha diecisiete de noviembre del año dos mil quince, en la que resuelve que: “IV) Resolviendo en definitiva y velando por el interés superior de la niña que nos ocupa, e interesante al caso del juzgadora es del criterio de no tenerse como TERCERO INTERESADO, dentro de la presente carpeta judicial a la señora PAMELA SUE HALOUVAS, en virtud de no existir ningún vínculo de parentesco entre la señora y la niña (...) ni ninguno de sus familiares”. La que me fuera notificada el día veintitrés de noviembre del año dos mil quince. **b) Segundo acto reclamado:** decreto de fecha veinticuatro de noviembre del año dos mil quince, que resolvió: “En virtud de la lectura del mismo se RECHAZA, debido a que la denominación

que obra en el encabezado es incorrecta, ya que este órgano jurisdiccional se denomina “JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL”, notificado con fecha veintiséis de noviembre del año dos mil quince y, **c) Tercer acto reclamado:** auto de fecha treinta de noviembre del año dos mil quince, que resolvió: “a) Sin lugar el recurso de revocatoria interpuesto por la señora PAMELA SUE HALOUVAS, en contra de la resolución de fecha diecisiete de noviembre del año dos mil quince; II) En consecuencia la resolución impugnada de fecha diecisiete de noviembre de dos mil quince se confirma en todos sus puntos”. La que me fuera notificada el día uno de diciembre del año dos mil quince. **d) Cuarto acto reclamado:** La falta de acción, o la omisión de la autoridad impugnada de resolver en mejor beneficio de la menor (...), al evitar el contacto de la niña con las personas que la han cuidado como es mi persona, evitando que la niña goce del cariño que como niña debe gozar, habiendo personas dispuestas a otorgárselos, en perjuicio del interés superior del niño.”

d) Hechos que motivan el Amparo: La accionante manifestó que: “**A)** Con fecha tres de noviembre del año dos mil quince, presenté una solicitud al Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Sololá, en el que solicitaba se me tuviera como parte del proceso, en mi calidad de tercero involucrado, con el objeto de que se me concedieran derechos como el derecho de ser escuchada en mi calidad de familia ampliada de la niña (...), de manera que pudiera coadyuvar con investigación que por mandato legal debía realizarse en este proceso... El resumen de las peticiones que en dicho escrito realice: **a.1)** Solicitar al juzgado se me de participación como tercero involucrado, después de todo mi esposo y yo somos las personas que más tiempo convivimos con (...)... siendo por ende quienes más información tenemos sobre ella y además quienes le prodigamos el amor, cuidado y la atención a las necesidades que todo niño tiene derecho a tener, por lo que nos asiste el derecho de ser escuchados y tomados en cuenta en calidad de familia ampliada, pero en especial estimó importante en beneficio del mayor interés de la menor que se nos permita participar y aportar datos y coadyuvar con a investigación del caso, para que el juzgador pueda contar con más datos e información que le permitan tomar la mejor decisión posible en beneficio de los intereses de la niña; **a.2)** Solicité que se le pidiera a la Procuraduría General de la Nación, ampliación de la investigación a efecto

de determinar las circunstancias de (...), del entorno de su familia biológica y posibles casos adicionales de antecedentes de abandono, exposición al peligro y daños a otros menores... **a.3)** Solicité que el juzgador tuviera en cuenta que me ponía a las órdenes para asumir cualquier costo que tuviera que realizarse, a efecto que (...) contara con el recurso económico para que se atendieran al menos sus necesidades básicas y que nos permitieran ver a la niña, para que pudiéramos brindarle el cariño que todo niño necesita y posteriormente considerar la posibilidad de eliminar la institucionalización de la menor, permitiéndonos a mi esposo y a mi cuidarla con la supervisión que el honorable juez estime oportuna, pues a partir de su nacimiento hemos sido las personas con quienes ha vivido y que a nuestro juicio y según los testimonios de muchas personas lo hicimos bien y (...) era una niña feliz. **B)** La primera resolución que emitió el juzgador fue que previo a resolver nuestra petición le corría audiencia a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio Público, a efecto de contar con más elementos para emitir su resolución, situación que nos pareció sana y adecuada... **C)** Para continuar brindando información que pudiese servir al juzgador y a la Procuraduría General de la Nación, con fecha dos de noviembre del año dos mil quince, presente dos memoriales: **c.1)** Uno dirigido, entregado y recibido por la Procuraduría General de la Nación, Delegación Sololá... a la cual acompañe documentos que incluyen declaraciones testimoniales, fotografías y solicitando que profundice en la investigación del caso, puntualizando temas que estimo deben tenerse en cuenta dentro de la investigación, a efecto de que el juzgador tome en cuenta y cuente con la información pertinente que permita resolver dentro del presente caso; **c.2.** presente un memorial dirigido al juzgador, en el cual acompañe documentación relacionada con el proceso, cartas testimoniales, con el objeto que el señor juez tenga una mejor idea y para resolver y tener presente sobre la realidad material e histórica de éste caso, atendiendo el interés superior de la niña...”.

e) Uso de procedimientos y recurso contra el acto reclamado:

En cuanto al cumplimiento del principio de definitividad la honorable Corte de Constitucionalidad en reiteradas ocasiones ha considerado que al existir una violación constitucional que por su carácter fundamental e inmediato debe ser prontamente protegido, es viable conocerlo en amparo, siendo una excepción al principio de definitividad, tal como se resolvió

dentro de la sentencia del amparo dos mil ciento cincuenta y tres guión dos mil tres (2153-2003), al indicarse: "(...) Con la resolución reclamada se colocó al postulante bajo un poder de hecho (...), el que, por su carácter fundamental e inmediato debe ser prontamente protegido, haciéndose viable conocerlo en amparo, siendo una excepción al principio de definitividad. Por lo anteriormente considerado, el amparo debe otorgarse y, habiendo resuelto en este sentido el tribunal de primer grado, el fallo apelado debe confirmarse (...)". Además argumentó que, se podrá analizar que en presente caso no hay adicionalmente ningún recurso que pudiese interponerse en contra de las decisiones violatorias a la Constitución Política de la República de Guatemala que se tomaron dentro del acto reclamado.

f) Casos de procedencia: Literales a), b) y d) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

g) Leyes que la interponente denuncia como violadas: Derecho de defensa, debido proceso, tutela judicial efectiva, libre acceso a tribunales, petición, derecho a familia ampliada que comprende todas las personas que no sean familia biológica y que tienen una relación equiparable; principios pro actione y el desarrollo integral de la persona e interés superior del niño es el principio que conlleva el derecho que estos tienen a tener una vida digna, contenidos en los artículos: 3 numeral 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 2, 4, 12, 29, 44, 175 y 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 2 inciso f de la Ley de Adopciones; 11 y 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia; y 7 del Reglamento para la aplicación de medidas de protección a niños privados de su medio familiar por parte de Juzgados que ejercen competencia en Materia de Niñez y Adolescencia Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos.

III) Trámite del Amparo:

a) Previo: En resolución del dieciocho de diciembre del dos mil quince, se resolvió lo siguiente: **"IV)** Previo a continuar con el procedimiento, se ordena a la presentada que cumplan con lo siguiente: **a)** Designación del tribunal ante el que se presenta; y **b)** Indique la totalidad de terceros interesados que intervienen en la Acción planteada y el lugar para ser notificados; **V)** Se concede el plazo de tres días a la postulante para que dé cumplimiento a lo ordenado y se le apercibe que en caso contrario, se suspenderá definitivamente la acción intentada..."

b) Solicitud de antecedentes: En resolución del veintiuno de diciembre del año dos mil quince, se ordenó oficiar al Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Sololá, para que dentro del plazo de setentas y dos horas incluido el de la distancia, enviara a este Órgano Jurisdiccional el expediente identificado con el número siete mil veintiocho guión dos mil quince guión treinta y ocho (07028-2015-00038), que se relaciona con la niña (...).

c) Amparo Provisional: En resolución del veintiocho de diciembre del dos mil quince, **se otorgó el Amparo Provisional** en virtud que las circunstancias del caso así lo ameritaban y se daban los supuestos contenidos en el artículo 28 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, dejando en suspenso los actos reclamados y se le ordenó al juzgador, dar participación a la amparista dentro del proceso de mérito.

d) Primera Audiencia:

- **Amparista:** Solicitó que de conformidad con la resolución emitida en donde se otorga el amparo provisional, se emita el despacho que corresponda con las prevenciones correspondientes a efecto de que se ordene y ejecute el que en su calidad de familia ampliada se le otorgue el abrigo de la niña (...), con las restricciones y abandono que la Sala estime necesarias, mientras se investiga el abuso y abandono que ha sufrido la niña; que se tenga por evacuada la audiencia que fue conferida y que se abra a prueba la presente Acción de Amparo. Al respecto, este Tribunal en resolución del siete de enero del dos mil dieciséis, resolvió: "I.- No ha lugar en cuanto a lo pedido por parte de la señora Pamela Sue Halouvas..."

- **Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público:** A través de la abogada Ana Guillermina Galindo Martínez, solicitó que se tuviera por evacuada la audiencia conferida a esa institución y por presentado el alegato y que al dictar sentencia se deniegue la protección constitucional de amparo solicitada, emitiéndose las restantes declaraciones que en derecho correspondan de conformidad con lo establecido en la Ley.

- **Procuraduría General de la Nación:** A través de la abogada Ana Lucrecia Pineda Arana, solicitó que se tenga por evacuada la audiencia conferida y que al momento de dictarse sentencia, se declare

sin lugar la acción de amparo planteada, por los motivos expuestos.

-(...): Solicitó que se tuviera por evacuada la audiencia conferida y que en su oportunidad procesal, sea declarado sin lugar el amparo interpuesto, condenándose en costas a la interponente.

- **Autoridad recurrida:** No compareció aun cuando consta en autos que fue debidamente notificada.

e) Apelación Directa: El dieciocho de enero del dos mil dieciséis, la Honorable Corte de Constitucionalidad solicitó a este Tribunal, que en un plazo de veinticuatro horas, se enviara copia completa del expediente de Amparo, en virtud de apelación directa interpuesta por el Ministerio Público, por medio de la Agente Fiscal de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal, en contra del numeral IV) de la resolución del veintiocho de diciembre de dos mil quince. Con fecha diecinueve de enero del año en curso, fue enviada la copia certificada solicitada.-

f) Periodo de Prueba y Descripción de las pruebas aportadas al presente Amparo:

- **Amparista:** Solicitó que se tuvieran como medios de prueba los siguientes: **"Documentos: a)** Expediente consistente medidas de protección identificada con el número cero siete mil veintiocho guión dos mil quince guión cero cero treinta y ocho (07028-2015-0038). **Documentos que acompaño, consistentes en:** **a)** Fotocopia del memorial presentado por mí, con fecha dos de noviembre del dos mil quince, recibido por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, del departamento de Sololá con fecha tres de noviembre del dos mil quince. **b)** Fotocopia del memorial de fecha cinco de noviembre del año dos mil quince, presentado por mí el día once de noviembre ante la Procuraduría General de la Nación, delegación Sololá. **c)** Fotocopia de Razón de Notificación y resolución de fecha diecisiete de noviembre del año dos mil quince, emitida por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, del departamento de Sololá, dentro del expediente que sirve de antecedentes al amparo. **d)** Fotocopia del memorial de fecha veintitrés de noviembre del año dos mil quince, recibido por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Sololá, Organismo Judicial. **e)** Fotocopia de la razón de notificación y

Decreto de fecha veinticuatro de noviembre del año dos mil quince, emitido por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, del departamento de Sololá, dentro del expediente que sirve de antecedentes al amparo. **f)** Fotocopia del memorial de fecha veintiséis de noviembre del año dos mil quince, el que fue presentado y recibido por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Sololá. **g)** Fotocopia del memorial de fecha veintiséis de noviembre del año dos mil quince, presentado ante el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en conflicto con la Ley Penal del departamento de Sololá, del Organismo Judicial. En este memorial se acompaña la declaración testimonial que presentó la señora Virginia López Churunel al señor Fiscal del Ministerio Público, dentro del expediente MP086-2015-2432. Cuyo análisis es de suma importancia pues es la persona que tenía a su cargo a (...) el día en que se hizo necesaria su protección. **h)** Fotocopia del memorial de fecha veintiséis de noviembre del año dos mil quince, dirigido al señor Delegado de la Procuraduría General de la Nación de la República de Guatemala, delegación del departamento de Sololá. Presentado el día veintisiete de noviembre del año dos mil quince, según sello de recibido de dicha institución. **i)** Fotocopia de la razón de notificación y Auto de fecha treinta de noviembre del año dos mil quince, emitido por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, del departamento de Sololá, dentro del expediente que sirve de antecedentes al amparo. **j)** Informe médico extendido por la Dra. Claudia Verónica Azucena Ajpop García quien se identifica con el número de DPI un mil seiscientos setenta y siete; noventa y un mil quinientos cuarenta; cero ochocientos uno (1677 91540 0801) de fecha dos de noviembre de dos mil quince. **k)** Informe Psicológico extendido por Liliam María Álvarez Salazar De Meijer quien se identifica con el número de DPI dos mil trescientos noventa y dos; treinta y seis mil ochenta y cuatro; cero ciento uno (2392 36084 0101), Administración de Proyectos / Psicología Mi-Reto Ministerio De Restauración Total, de fecha dos de Noviembre de dos mil quince. Fotocopias de Recetas y documentos tales como facturas de medicinas relacionadas con cuidados médicos de (...), proporcionados por mí:

l) Receta Médica Clínicas del lago de fecha dieciocho de agosto de dos mil quince. **m)** Factura serie PS1 número cero cero treinta y seis de fecha doce de febrero de dos mil quince a favor de Farmacias

Batres por un monto de doscientos cuarenta y nueve quetzales con ocho centavos. **n)** Receta médica Hospital Departamental Sololá de fecha veintiocho de noviembre de dos mil quince. **o)** Receta médica Clínica Médica Ángeles veintinueve de octubre de dos mil catorce. **p)** Receta médica Pediatra Dra. Claudia Verónica A. Ajpop García de fecha cinco de diciembre de dos mil catorce. **q)** Receta Médica Global Farma. **r)** Receta Médica Pediatra Dra. Claudia Verónica A. Ajpop García de fecha cuatro de febrero de dos mil quince. **s)** Receta Médica Global Farma. **t)** Receta Médica Global Farma. **u)** Examen completo de heces La Asunción Laboratorio Clínico Biológico de fecha veintitrés de febrero e dos mil quince. **v)** Cuadro que contiene la información sobre las vacunas que fueron puestas a (...) emitido por Clínicas del Lago (Esquema de Vacunación) Certificado Iloban Ferrum de fecha diecisiete de abril de dos mil quince. **w)** Factura serie PANA número cero ciento setenta y un mil trescientos veintidós a favor de Corporación Batres S.A. Farmacia Batres de fecha veintinueve de diciembre de dos mil catorce por un monto de veinticinco quetzales con cincuenta centavos. **x)** Factura serie PANA número cero ciento setenta y cinco mil trescientos cincuenta y tres a favor de Corporación Batres S.A. Farmacia Batres de fecha ocho de enero de dos mil quince por un monto de cincuenta y siete quetzales con treinta y tres centavos. **y)** Factura serie PANA número cero ciento setenta y siete mil cuatrocientos sesenta y ocho a favor de Corporación Batres S.A. Farmacia Batres de fecha catorce de enero de dos mil quince por un monto de trescientos treinta y tres quetzales. **z)** Factura serie PANA número Cero ciento setenta y ocho mil ciento doce a favor de Corporación Batres S.A. Farmacia Batres de fecha dieciséis de enero de dos mil quince por un monto de cincuenta y dos quetzales. **aa)** Factura serie PANA No. Cero ciento noventa mil trescientos setenta y nueve a favor de Corporación Batres S.A. Farmacia Batres de fecha veintiuno de febrero de dos mil quince por un monto de ciento cuarenta y dos quetzales con noventa y seis centavos. **bb)** Factura serie PANA número cero ciento noventa y uno cuatrocientos cincuenta a favor de Corporación Batres S.A. Farmacia Batres de fecha veinticuatro de febrero de dos mil quince por un monto de veinticinco quetzales con cincuenta centavos. **cc)** Factura Serie PANA número cero ciento noventa y dos mil ochocientos veintisiete a favor de Corporación Batres S.A. Farmacia Batres de fecha veintiocho de febrero de dos mil quince por un monto de cincuenta y siete quetzales con treinta y tres centavos. **dd)** Factura Serie: PANA número cero doscientos mil setecientos veinticinco a favor

de Corporación Batres S.A. de fecha veintitrés de marzo de dos mil quince por un monto de cincuenta y siete quetzales con treinta y tres centavos. **ee)** Factura Serie: cero doscientos diecinueve mil novecientos treinta y seis a favor de Corporación Batres S.A. Farmacias Batres de fecha catorce de mayo de dos mil quince por un monto de ciento cincuenta y un quetzales con once centavos. **ff)** Factura Serie: PANA número cero doscientos veintiún mil quinientos ocho de fecha dieciocho de mayo de dos mil quince por un monto de trescientos sesenta y tres con treinta y seis centavos. **gg)** Factura Serie: PANA número cero doscientos treinta y siete mil trescientos noventa y seis a favor de Corporación Batres S.A. Farmacia Batres de fecha treinta de junio de dos mil quince por un monto de ochenta y siete quetzales con setenta y cinco centavos. **hh)** Factura Serie: PANA número cero doscientos cincuenta y un mil novecientos a favor de Corporación Batres S.A. Farmacias Batres de fecha ocho de agosto de dos mil quince por un monto de ciento ochenta y tres quetzales con veintidós centavos. **ii)** Factura Serie: PANA No. cero doscientos cincuenta y cinco mil setecientos trece a favor de Corporación S.A. Farmacia Batres de fecha dieciocho de agosto de dos mil quince por un monto de ciento cincuenta y siete quetzales con noventa y un centavos. **jj)** Factura Serie: PANA número cero doscientos cincuenta y seis mil cientos treinta y cuatro a favor de Corporación Batres S.A. Farmacia Batres de fecha diecinueve de agosto de dos mil quince por un monto de cuarenta y un quetzales con veintiocho centavos. **kk)** Factura Serie: PANA número cero ciento cincuenta y ocho mil cuatrocientos ochenta y nueve a favor de Corporación Batres S.A. Farmacia Batres de fecha veinticinco de agosto de dos mil quince por un monto de doscientos noventa quetzales con setenta centavos. **ll)** Factura Serie: PANA número cero ciento cincuenta mil sesenta y cinco a favor de Corporación Batres S.A. Farmacia Batres de fecha veintinueve de octubre de dos mil catorce por un monto de trescientos cincuenta y un quetzales con noventa y cuatro centavos. **mm)** Factura Serie: PANA número cero ciento cincuenta mil sesenta y siete a favor de Corporación Batres S.A. Farmacia Batres de Fecha veintinueve de octubre de dos mil catorce por un monto de ciento cincuenta y un mil quetzales con cuarenta y dos centavos. **nn)** Fotografías que se encuentran impresas en veinticinco folios de papel especial para fotografía que contienen, una relación de imágenes de la interacción de (...) con mi esposo y yo, parte de su vida con nosotros, (inclusive una fotografía con (...)), las cosas y experiencias que vivimos con ella, pero también un grupo de fotografías del día en que

apareció (cuando estaba a cargo de la señora Virginia Churunel, con los piquetes de pulgas, el estado en el que fue ingresada al centro de abrigo temporal, y una fotografía que me fue proporcionada actualmente en donde está comiendo en una sillita en el Centro de abrigo temporal, donde se puede observar que la carita de la niña ha perdido esa chispa y alegría que tenía cuando estaba con nosotros. **oo)** Informe de fecha diecisiete de noviembre de dos mil quince de parte del Auxiliar Fiscal Fernando Enrique Rodas Batzil, de la Fiscalía Distrital de Sololá, dirigido al Juez de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Sololá, a través del cual, contiene entre otros, en el inciso h) mí declaración, recibida el diecisiete de noviembre de dos mil quince. **pp)** Copia de certificado de informe de nacimiento de la menor (...). **qq)** Copia de la declaración de (...), madre de la menor (...), **a través de la cual hace constar que el trece de octubre de dos mil catorce dio a luz a su hija (...), quien decidió entregar a su hija por no sentirse capaz de mantenerla a una amiga y conocida de ella Pamela Halouvas,** firmada por el Encargado de la Subestación setenta y dos - cero veintiuno de Panajachel (También menciona una supuesta dependencia de alcohol que es falsa, reiterando que como podrán comprobar los honorables magistrados ella cambia las versiones de lo que indica constantemente y las mismas son desmentidas por la gente que ella misma conoce, Ej. La señora Virginia Churunel. **rr)** Informe de investigación de la Procuraduría General de la Nación, del técnico investigador Eddy Eliseo Cax Xinico, a través del cual recomendó se otorgara más tiempo para lograr determinar el paradero de la niña (...), de fecha treinta de marzo de dos mil quince. **ss)** Informe de fecha trece de septiembre de dos mil quince dirigido a la Procuraduría General de la Nación, por parte de Hugo Adelso de León Celada, Auxiliar de la Procuraduría General de la Nación, **a través del cual se indicó que la niña (...) se encontraba en poder de la señora Virginia López Churunel. tt)** Informe de ampliación de investigación de fecha veinticinco de septiembre de dos mil quince, a través del cual el técnico investigador de la Procuraduría General de la Nación, Eddy Eliseo Cax Xinico, **estableció que la niña (...), estuvo determinado tiempo con Pamela Sue Halouvas (tiempo que esta errado pues la bebe paso once meses bajo mi cuidado y desconozco la razón por la que ellos coloraron ese plazo, cuando conocen plenamente el tiempo que la niña ha estado a mi cuidado).** **INFORMES:** Que deberán solicitarse a distintas autoridades y entidades privadas tales como: **a)** Informe que deberá solicitársele a la entidad Nido del Águila, en donde informe: a.1) El

estado de la menor (...), al ingresar a ese centro de cuidado temporal a.2) Las visitas que en dicho centro haya realizado la señora (...) a la niña. a.3) Si la niña ha recibido el cuidado y afecto de alguna persona y que informe quien y en que ha consistido ese interés..." En virtud de lo anterior, en resolución de fecha diecisiete de marzo del dos mil dieciséis, se ofició al Hogar Nido del Águila para que dentro del plazo de setenta y dos horas incluido el de la distancia informara a este Tribunal lo individualizado por la amparista en las literales a), a.1), a.2) y a.3).

- **Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público:** No compareció aun cuando consta en autos que fue debidamente notificada.

Procuraduría General de la Nación: No compareció aun cuando consta en autos que fue debidamente notificada.

- (...): No compareció aun cuando consta en autos que fue debidamente notificada.

- Autoridad recurrida: No compareció aun cuando consta en autos que fue debidamente notificada.

f) Segunda Audiencia:

- **Amparista:** Solicitó que oportunamente se dicte sentencia en donde se declare con lugar el Amparo promovido dejando en suspenso definitivo los actos reclamados, se le otorgue en calidad de familia ampliada el abrigo de la niña (...), con las restricciones y supervisiones que la Sala estime necesarias, mientras se investiga el abuso y abandono que ha sufrido; que la autoridad impugnada emita las resoluciones que en derecho corresponden, ajustadas a derecho y conforme al o considerado, restableciéndole sus derechos violados, fijándole el plazo de veinticuatro horas para que se dé exacto cumplimiento a lo resuelto bajo los apercibimientos de ley respectivos, además, que se condene en costas judiciales y demás responsabilidades civiles que del presente caso se deriven.

- **Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público:** A través de la abogada Ana Guillermina Galindo Martínez, solicitó que se tuviera por evacuada la audiencia conferida a esa institución y que al dictar sentencia se deniegue la protección constitucional de amparo solicitada, emitiéndose las restantes declaraciones que en derecho correspondan de conformidad con lo establecido en la Ley de la materia.

- **Procuraduría General de la Nación:** A través de la abogada Ana Lucrecia Pineda Arana, solicitó que se tenga por evacuada la audiencia conferida y que al momento de dictarse sentencia, se declare sin lugar la acción de amparo planteada, por los motivos expuestos.

- (...): No compareció aun cuando consta en autos que fue debidamente notificada.

- **Autoridad recurrida:** No compareció aun cuando consta en autos que fue debidamente notificada.

g) Apelación: El diecisiete de agosto del dos mil dieciséis, se recibió en este Tribunal, certificación de lo resuelto por la Honorable Corte de Constitucionalidad el dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, en la cual al resolver declara: **"I) Con lugar** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público por medio de su Agente Fiscal, Ana Guillermina Galindo Martínez. **II) Como consecuencia, revoca el numeral IV.- del auto apelado, y resolviendo conforme a Derecho deniega** el amparo provisional solicitado..." Con fecha dieciocho de agosto del año en curso, se ofició a la autoridad impugnada, haciendo de su conocimiento lo resuelto por la Honorable Corte de Constitucionalidad, en donde revocó el Amparo provisional decretado por este Tribunal.

CONSIDERANDO I

a) El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o los restablece en el goce de los mismos cuando la violación se ha consumado. Procede siempre que las leyes, disposiciones, resoluciones o actos de autoridad lleven implícito amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. El derecho de defensa es una garantía fundamental conforme a lo cual no puede privarse a los particulares de derecho alguno, sin antes citarlos, oírlos y vencerlos en proceso legal y preestablecido.

b) La Acción Constitucional de Amparo, ha surgido de la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución y el fiel cumplimiento de sus preceptos por la autoridad correspondiente y que su espíritu es ser una garantía en contra de la arbitrariedad de los sujetos pasivos del amparo, es decir, que esta acción constitucional tiene por fin proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido, no obstante ello, el Amparo se encuentra sujeto a determinados

presupuestos o requisitos de carácter eminentemente procesal, cuya observancia o cumplimiento debe ser ineludible y primordial en la petición que se presente; con el objeto de posibilitar el conocimiento de fondo de dicha protección constitucional.

CONSIDERANDO II

En cumplimiento a lo ordenado por la Corte de Constitucionalidad en resolución de fecha cinco de junio de dos mil dieciocho, que resuelve el Recurso de Apelación interpuesto por la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público, que otorga apelación en contra de la sentencia de amparo de fecha diecisiete de octubre de dos mil dieciséis, dictada por este Tribunal.

La Corte de Constitucionalidad en el apartado II y III del fallo indicado -folios diez al diecisiete- argumenta que:

"... - II - La postulante, señala como actos reclamados: i) resolución de diecisiete de noviembre de dos mil quince, dictada por la autoridad reprochada por la que denegó tener como tercera interesada a la postulante dentro del proceso de medidas de protección solicitadas a favor de una niña; ii) resolución de veinticuatro de noviembre del referido año, por la que el Juez cuestionado rechazó para su trámite el recurso de revocatoria instado contra la decisión anterior, al sustentar que en el escrito de su interposición se consignó erróneamente el nombre del órgano jurisdiccional que conoce de ese proceso; iii) auto de treinta de noviembre del citado año, que resolvió: "Sin lugar el recurso de revocatoria, interpuesto por la señora PAMELA SUE HALOUVAS, en contra de la resolución de fecha diecisiete de noviembre del año dos mil quince..."; iv) la omisión del juez reprochado de resolver en beneficio de la niña, con lo cual, transgredió el interés superior de esta, pues no tomó en consideración que la peticionaria solicitó hacerse cargo de ella, mientras se dilucida su situación jurídica, para evitar su institucionalización. El análisis a realizarse en sede constitucional deviene del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público contra la sentencia proferida por el Tribunal de Amparo de primer grado por la que otorgó la acción la acción instada por la postulante y, como consecuencia, ordenó que se le dé intervención a la amparista dentro del proceso relacionado, decisión que asumió luego de considerar que, de los autos quedó evidenciado que aunque la peticionaria no tiene ningún parentesco de consanguinidad con la niña sujeta a abrigo, estuvo bajo su cuidado por un tiempo determinado desde su nacimiento, lo que ha permitido crear un vínculo de

afectividad entre ambas; por lo que consideró que era pertinente que se le diera participación como tercera interesada a la postulante, dentro del asunto que subyace al amparo. - **III - A)** Primeramente es oportuno señalar que, contra el primer acto reclamado (consistente en la resolución de diecisiete de noviembre de dos mil quince, dictada por la autoridad reprochada que denegó tener como tercera interesada a la postulante, dentro del proceso de medidas de protección solicitadas a favor de una niña), la postulante interpuso recurso de revocatoria, el que fue rechazado por la autoridad impugnada el veinticuatro de noviembre de dos mil quince – decisión que constituye el segundo acto reclamado-, razón por la que será esta última decisión la que será objeto de análisis en sede constitucional, dado que es la que reviste las características de definitividad para ser conocida en amparo, ello porque es producto del medio de impugnación idóneo para cuestionar el primer acto reclamado. **B)** Establecido lo anterior y, por razón de técnica, este Tribunal estima oportuno referirse primeramente a examinar el tercer acto reclamado en amparo, consistente en resolución de treinta de noviembre de dos mil quince, por medio de la cual la autoridad impugnada resolvió “...Sin lugar el recurso de revocatoria, interpuesto por la señora PAMELA SUE HALOUVAS, en contra de la resolución de fecha diecisiete de noviembre de dos mil quince...”. Al respecto y, derivado del estudio de las constancias procesales, esta Corte advierte los siguientes hechos: **a)** la amparista interpuso, mediante escrito de veintisiete de noviembre de dos mil quince – folios ciento veintiuno al ciento veinticuatro de antecedentes-, **recurso de revocatoria** contra la decisión de veinticuatro de noviembre de ese mismo año, que a su vez **rechazó el recurso de revocatoria** instado contra la decisión de **diecisiete de noviembre de dos mil quince; b)** consta a folio ciento veintiocho de la pieza de antecedentes, que la autoridad impugnada al resolver el recurso de revocatoria señalado en el inciso anterior, precisó: “...Sin lugar el recurso de revocatoria, interpuesto por la señora PAMELA SUE HALOUVAS, en contra de la resolución de fecha **diecisiete de noviembre de dos mil quince...**” – nótese que el recurso de revocatoria había sido interpuesto contra la resolución de veinticuatro de noviembre de ese mismo año, y no contra la de diecisiete de noviembre del año dos mil quince como lo señaló la autoridad cuestionada-. De lo antes señalado esta Corte estima que, lo resuelto en decisión de treinta de noviembre de dos mil quince, no puede ocasionarle agravio alguno a la amparista, toda vez que, independientemente del sustento que haya vertido el juez para declarar sin lugar el recurso de revocatoria, este fue promovido contra el rechazo liminar de otro recurso de similar naturaleza, aspecto que denota la no idoneidad del medio de impugnación instado por la amparista, pues no procede la interposición de un recurso contra lo resuelto en otro. En ese contexto, cabe señalar que esta Corte ha considerado

en anteriores oportunidades que: “...se considera antitécnico instar un medio de impugnación [recurso o remedio procesal] contra lo resuelto, incluso, contra la inadmisión de otro mecanismo de defensa de idéntica naturaleza (...) “...de conformidad con el ordenamiento jurídico guatemalteco, el sujeto procesal que resienta que la desestimación de un recurso vulnera sus derechos, puede, por medio de otros procedimientos particularmente establecidos en la ley, impugnar tal decisión, pero, resulta inaceptable que para atacarla utilice un recurso de similar naturaleza al que ha sido declarado sin lugar o incluso desestimado por otras razones, pues ello generaría un círculo o cadena interminable de impugnaciones, lo que iría en detrimento de los principios de celeridad y certeza jurídica que rigen la tramitación de los procesos judiciales...”. (En similar sentido se pronunció esta Corte en sentencias de veinte de marzo de dos mil quince, veintiséis de junio y diez de julio, ambas de dos mil diecisiete, dictadas en los expedientes 5718-2015, 447-2017 y 6128-2016). En conclusión, esta Corte estima que no causa agravio a la postulante, lo resuelto en disposición de treinta de enero de dos mil quince – tercer acto reclamado-, porque el pronunciamiento es producto de un recurso no idóneo interpuesto por la amparista. **C)** En cuanto al segundo acto reclamado –que subsume el primer acto reprochado- consistente en la decisión de veinticuatro de noviembre de dos mil quince, por la que la autoridad impugnada rechazó para su trámite el recurso de revocatoria –medio de impugnación idóneo- instado contra la decisión de diecisiete de noviembre de dos mil quince –en la que se denegó tener como tercera interesada a la postulante, dentro del proceso de medidas de protección solicitadas a favor de una niña-, por considerar que la denominación que obra en el encabezado es incorrecta –esto porque la postulante dirigió su escrito al “Juez de Primera Instancia Penal de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, del Departamento de Sololá”, cuando lo correcto era “Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal”-; este Tribunal estima que la autoridad impugnada incurrió en un excesivo rigorismo, pues del propio escrito de interposición se puede advertir la denominación del órgano jurisdiccional al que se presentó el citado recurso, así como por la identificación de la decisión impugnada y el número de expediente en que la misma fue emitida, lo que a la postre haría viable el conocimiento del recurso instado. No obstante ese excesivo rigorismo en el proceder de la autoridad impugnada, esta Corte estima que resultaría ocioso otorgar la protección constitucional, pues los agravios denunciados evidencian que la pretensión de la amparista es que la autoridad impugnada reexamine la decisión de no darle participación en el proceso, lo cual ya hizo el Juez al emitir la resolución de treinta de enero de dos mil quince –tercer acto reclamado-

en el que consideró: "...Del análisis de la Carpeta judicial arriba identificada se establece que la Procuraduría General de la Nación con fecha veintiocho de octubre de dos mil quince y trece de noviembre de dos mil quince, en ambos oficios se pronunció oponiéndose a lo solicitado por la señora PAMELA SUE HALOUVAS, toda vez que no tiene legitimidad para participar dentro del presente proceso como tercera interesada y además no tiene ningún parentesco de consanguinidad con la niña (...) ni con la progenitora de la niña interesante al caso, por lo que pidió que se resolviera sin lugar lo solicitado por la señora PAMELA SUE HALOUVAS, de tenerse como tercera interesada dentro de la presente carpeta judicial. Así también con fecha diecisiete de noviembre del año dos mil quince la señora (...) progenitora de la niña (...), se pronunció indicando que no está de acuerdo en que se le de intervención a la señora PAMELA SUE HALOUVAS, como tercera interesada, dentro del presente proceso, ya que ella no indica el interés con que quiere intervenir y que no es pariente de su hija (...), ni de ninguno de su familia. Además no se descarta la posibilidad del riesgo que puede correr la niña protegida al darle la autorización a la señora PAMELA SUE HALOUVAS, para que pueda visitar y tenerse como tercera interesada, toda vez que la recurrente se encuentra a la presente fecha sujeta a investigación por parte del Ministerio Público por la posible comisión del Delito de Trata de Personas. En ese orden de ideas quien juzga toma en cuenta la oposición reiterada de la Procuraduría General de la Nación y la oposición manifiesta de la presunta progenitora de la niña (...) ya que de momento a ella le corresponden todos los derechos de representación, y tomando en cuenta el interés superior de la niña protegida quien juzgada es del criterio de denegar el presente Recurso de Revocatoria, interpuesto por la señora PAMELA SUE HALOUVAS...". De lo antes transcrito y de lo que consta en autos, esta Corte estima que la autoridad impugnada al haber negado la intervención en el proceso subyacente a la peticionaria, en calidad de familia ampliada, actuó en el uso de sus facultades legales, sin provocar los agravios denunciados, pues expuso las razones por las cuales no accedió a lo solicitado, circunstancia única que le corresponde al juzgador evaluar con base a los estudios respectivos, las constancias procesales y al interés superior del niño, siendo ello el ejercicio del mandato constitucional conferido a los órganos jurisdiccionales conforme el artículo 203 del Magno Texto.

D) En cuanto al cuarto acto reclamado, consiste en que el juez reprochado omitió resolver en beneficio a la niña, transgrediendo el principio del interés superior de la niña, pues no tomó en consideración que solicitó hacerse cargo de ella, para evitar que estuviera institucionalizada, mientras se dilucida su situación jurídica, no se advierte de autos circunstancia alguna de la cual pueda advertir

este Tribunal que la autoridad impugnada, haya omitido velar por el interés superior del niño, ni la amparista aportó prueba alguna que justifique acoger el amparo por este motivo, por lo que el amparo instado es improcedente. En cuanto a la pretensión de la amparista, relativa a que se ordene a la autoridad impugnada revoque la medida de institucionalización de la niña, esta Corte estima que no es decisión que sea competencia de justicia constitucional. Aunado a esto, cabe señalar que esa medida obedeció a que no se tuvo la certeza de quien era la progenitora al momento de que los agentes de la policía nacional civil encontraron a la niña y, porque corresponderá al Juez natural decidir, de acuerdo a las constancias procesales, el mantenimiento de la medida o bien, sustituirla por otra, decisión que deberá tener como premisa el interés superior de la menor de edad. Respecto al agravio referente a que la Procuraduría General de la Nación debe rendir informes fidedignos y que la institucionalización de la infante evita el contacto con las personas que la han tenido a su cargo desde que nació, son aspectos que no puede ser atendibles en la protección constitucional instada, dado que el caso concreto aún se está dilucidando ante la jurisdicción ordinaria y, corresponde al Juez de conocimiento examinar todos los informes y elementos de comprobación aportados por las instituciones correspondientes, así como en su caso, solicitar las ampliaciones pertinentes a efecto de resolver en garantía del interés superior del niño. En virtud de lo anteriormente analizado, este Tribunal considera que en el caso objeto de estudio, el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público contra la sentencia proferida por el a quo debe declararse con lugar y, como consecuencia, resolviendo conforme a derecho se revoca la sentencia de primer grado, haciendo los demás pronunciamiento que corresponden...".

En base a lo ordenado por la Honorable Corte de Constitucionalidad, este Tribunal deniega la protección constitucional instada de conformidad a lo considerado por la Corte en resolución de fecha cinco de junio de dos mil dieciocho, así mismo no se hace pronunciamiento en cuanto a las costas procesales ni multa al abogado patrocinante, ya que dicha Corte resolvió al respecto.

CITA DE LEYES:

Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos 203 al 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 107, 141, de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 1, 2, 3, 5, 8, 10, 13, 21, 34, 35, 37, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 47, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 86, 87, 88, 141, 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO:

En base a lo considerado por la Corte de Constitucionalidad en resolución de fecha cinco de junio de dos mil dieciocho y leyes citadas, esta Sala constituida en Tribunal Constitucional de Amparo, resuelve: **I.- Deniega** el amparo solicitado por **Pamela Sue Halouvas**, en contra del Juez de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Sololá, por lo ya considerado por la Corte de Constitucionalidad; **II.-** Remítase copia certificada del presente fallo a la Honorable Corte de Constitucionalidad; **III.-** Con certificación de lo resuelto a la autoridad impugnada para su conocimiento. Notifíquese.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

13/09/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - 651-2017

01174-2017-00651 Of. 3º SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Guatemala, trece de septiembre del año dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, que resuelve el recurso de Apelación interpuesto por (...), contra la sentencia de fecha dos de mayo del año dos mil dieciocho, dictada por la Juez del Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del municipio de Villa Nueva del departamento de Guatemala.

I. IDENTIFICACION DE LA NIÑA PROTEGIDA:

a) (...), de siete años de edad, nació el veintiséis de agosto del año dos mil once, (...) y (...), según certificado de nacimiento emitido por el Registro Civil de las Personas del Registro Nacional de las Personas identificado con el número de CUI dos mil trescientos dieciséis, mil ochocientos noventa y ocho, cero ciento uno.

II.- EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez de la Causa, en la sentencia recurrida, DECLARÓ: "... Considera procedente declarar

la violación al derecho humano de la niña (...) específicamente mantener relación personal con su progenitor; II) Del derecho vulnerado antes indicado se declara responsable a la progenitora (...); III) Para restituir el derecho violado, se decretan las siguientes medidas de protección: se otorga la colocación definitiva de la niña (...) con su progenitora (...), en calidad de familia biológica, bajo declaratoria de responsabilidad de su cuidado integral, debiendo continuar con el ciclo escolar dos mil dieciocho; continúe recibiendo la niña orientación psicológica enfocada a la auto confianza, independencia, autoestima y alienación parental; IV) Para garantizar la relación personal de la niña (...) con su progenitor, que sea gradual hasta que forme el vínculo afectivo con el mismo y pueda convivir de forma sana como se fijó en la sentencia respectiva emitida por el juzgado de familia respectivo, se establece de la siguiente manera: a) A partir de esta fecha, hasta dentro de cuatro meses (mayo, junio, julio y agosto todos del presente año), debe ser los días domingos de nueve horas a diecisiete horas, pudiendo convivir en la casa del progenitor...; b) Del quinto al sexto mes siguiente (septiembre y octubre de este año), conviva desde el día sábado y la regrese el día domingo, siempre en el mismo horario deben realizarse las entregas de nueve horas a cinco horas; c) Del séptimo mes (noviembre de este año) debe ser de acuerdo a la relación paterno filial fija (sic) por el juzgado correspondiente ...V) Se ordena a los progenitores culminen escuela para padres ...VI) ...; VII)...; NOTIFÍQUESE."

III.- DE LA AUDIENCIA ORAL Y PRIVADA: La audiencia oral y privada de segunda instancia, se llevó a cabo el once de septiembre del año dos mil dieciocho a las nueve horas, en la cual los sujetos procesales hicieron las argumentaciones que consideraron pertinentes.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado es garantizar la correcta aplicación de la justicia, mediante la cual se logra el desarrollo integral de la persona, dentro del marco del respeto de las Garantías y Derechos Fundamentales inherentes a las partes y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada por la ley adjetiva a las partes, el cual se hace efectivo mediante el Recurso de Apelación; tomando en consideración que es función de este órgano colegiado conocer y resolver los Recursos de Apelación que se interpongan y que la ley faculta realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia y dictar el fallo que

se ajuste a las pretensiones de las partes procesales, garantizando la seguridad en la aplicación de la justicia, obteniendo con ello la paz social.

CONSIDERANDO II

El interponente manifiesta sus agravios y expresa: "... a) ...La sentencia de primer grado es apelada porque a través de ella se pretende efectuar una condena en contra de la presentada, ...como supuesta responsable de una supuesta violación a un derecho de la menor (...), en cuanto al derecho de entablar una relación paterno filial con su progenitor, ...quien no solo provocó la ruptura del hogar conyugal, sino que tampoco realizó acciones directas para mantener la relación con la menor relacionada, ...estando en total desacuerdo con la parte resolutive de la sentencia relacionada, ...el órgano jurisdiccional que conoció del mismo únicamente permitió y se enfocó en la potestad del señor (...), como progenitor, en cuanto al derecho de ver y mantener una relación con la menor relacionada, sin permitir y conocer de las circunstancias enunciadas y provocadas por el padre de ésta, al extremo de que en cada intervención que se quiso poner de manifiesto alguna situación, la respuesta del órgano jurisdiccional fue siempre de que se acudiera a la vía de los juzgados de familia, aún y cuando, reitero, el proceso era determinar el riesgo o violación de un derecho humano y jamás se permitió que la menor declarase en torno a si efectivamente se le prohibía ver a su progenitor, ...Con ello, se limitó el proceso a favorecer no el interés de la menor como falsamente se aduce en la sentencia, sino a velar únicamente por el interés del progenitor... En ese sentido, el señor (...) ha indicado que se ha limitado el derecho de relacionarse con nuestra hija menor de edad porque yo he hecho uso de medios legales para impedirlo, lo cual no es cierto; no puede decir la Juzgadora de Primera Instancia (y aquí la errónea valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica) que haber entablado medidas de seguridad por agresión y promover un juicio de alimentos para que el padre se hiciera responsable de su hija, sea «un medio para impedir ver a nuestra hija», como falsamente se planteó por el señor (...) y erróneamente lo aceptó la juez a quo. Si es cierto que se planteó una medida de seguridad como consecuencia de violencia que sufrí por parte de él, si bien es cierto que la violencia fue hacia mi persona, en la situación también se vio involucrada indirectamente la menor y a raíz de la protección de mi integridad, mi hija permaneció conmigo, pues en ese entonces la menor contaba únicamente con un año y meses de vida. Como cualquier madre, al buscar mi protección no podía dejar abandonada a mi hija, lo cual resulta absurdo. Y posteriormente, el padre de ella no hizo por buscarla, siempre la comunicación la tuve yo con abogados que él ponía, al extremo que eran estos quienes me entregaban los cheques por la cantidad que

antojadizamente se le ocurría al progenitor pasar en concepto de pensión alimenticia; es ilógico que pretenda el juzgado que esto lo pruebe documentalmente, ...Se argumentó que se le da valor probatorio a la copia simple de la sentencia que declaró con lugar la demanda oral de relaciones familiares y a una resolución de fecha veintisiete de septiembre de dos mil dieciséis que admite para trámite la demanda ejecutiva de sentencia nacional promovida por el progenitor; sin embargo no existe ningún medio que acredite que tales resoluciones judiciales fueron puestas en conocimiento de la progenitora (...); es decir, NO ME FUERON NOTIFICADAS ESAS ACTUACIONES, ni obra en autos ni fue probado que dichas acciones efectivamente me fueron notificadas, tal como lo exige el artículo 66 del Código Procesal Civil y Mercantil... Esto es esencial, porque la señora (...) desconocía la existencia de tal proceso de ejecución, por lo que la orden podrá existir, pero si esta no es de conocimiento de la persona obligada, ¿de qué forma puede dársele cumplimiento? ... No obstante en la sentencia no se consideró, a pesar de ser de conocimiento de la juzgadora, el oficio AK 349-2017/JF/ARRR, de fecha tres de julio de dos mil diecisiete, emitido por la Jefe de la Unidad Operadora del Sistema de Alerta Alba Kenneth de la Procuraduría General de la Nación, en donde claramente se indica que esa Unidad (ajena al proceso) tuvo comunicación con la señora (...), e indicó que la niña (...) NO SE ENCUENTRA DESAPARECIDA...; De allí que la sentencia no guarda congruencia con lo obrado en autos y que es de conocimiento de la señora Juez, la menor no está ni estuvo desaparecida y siempre se proporcionó información de la residencia de ésta. La falsedad de lo argumentado por el denunciante y padre de la menor, es tan evidente que la Unidad Operativa del Sistema Alerta Alba Keneth, se comunica con la presentada, ...a través del mismo número de teléfono que el progenitor proporciona. Es decir, la ubicación de la menor (...) se efectuó inmediatamente cuando el señor (...), pretendió activar una Alerta Alba Keneth, por lo que es falso que se encontrara desaparecida. ...La sentencia también recoge aspectos de las audiencias de forma incorrecta, toda vez que en la página 14 (sic) de la misma indica que se insistió en que la menor ingresará a la Sala de audiencias, lo cual se plasma y con ello se valora de forma impertinente e incorrecta, toda vez que jamás se pidió que la menor ingresara a la Sala de Audiencias... y lo único que si se pidió era permitirse a la menor el ejercicio del derecho a ser escuchada, conforme al párrafo segundo del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y 13 de dicha Convención, ...En este caso cobra relevancia la manifestación que pueda hacer la menor, debido a que la menor manifestó en determinadas circunstancias dentro de entrevista con la psicóloga que hay aspectos que no le parecen de su progenitor, aspecto que se ha defendido y que al no escucharse a la menor, se violan sus derechos. ...Adicionalmente a ello, puede

apreciarse que la sentencia no da valor probatorio a informes presentados por la Procuraduría General de la Nación, a la sentencia en donde se fija la obligación de pasar pensión alimenticia al denunciante y progenitor de la menor..., pues aunque esto no limita la relación con el menor, si proporciona información a la juzgadora para establecer la responsabilidad o no de una supuesta violación al derecho de la menor, pues resulta ilógico que en la sentencia se declare a la progenitora (...), como responsable de la violación a un derecho de la menor, cuando como madre por si sola hizo para darle un hogar, alimentación, educación, asistencia, medicinas y demás atenciones propias de la menor. Aunado a lo anterior, existe agravio en la sentencia recurrida, en cuanto a que no se efectuó pronunciamiento, razonamiento ni valoración en cuanto a las argumentaciones vertidas por parte de la presentada, (...), a través de su abogado, con lo cual la sentencia limita entonces el derecho de defensa, de acción y de acceso a los órganos jurisdiccionales, puesto que carece de razonamiento y fundamentación en aspectos propios de la tesis de una de las partes, violando con ello derechos fundamentales..."

CONSIDERANDO III

Esta Sala jurisdiccional del análisis del recurso de apelación interpuesto y del proceso de primer grado, establece:

A) En lo que se refiere al agravio manifestado por la apelante, que no comparte lo considerando en el numeral romanos II de la sentencia analizada, porque no considera haber vulnerado el derecho humano de su hija protegida, este Tribunal de conformidad con el numeral 1 del artículo 3; numeral 1 y 13 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño -Decreto de ratificación número 27-90- y los artículos 5, 11 y 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescente, que determinan y reconocen que el interés superior del niño debe prevalecer en cualquier resolución judicial, además de velar por evitar la separación del niño, niña o adolescente del seno de su familia, salvo que dicha separación sea necesaria en el interés superior del menor. Por consiguiente, reconoce que el Estado debe proteger a todo niño contra toda forma de descuido, abandono o violencia y fomentar por todos los medios, la estabilidad y bienestar de la familia, como base de la sociedad; creando las condiciones para asegurarle al niño, niña o adolescente la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano y propicio para su desarrollo integral. En lo que se refiere a este argumento a criterio de la *A quo*, con base en la valoración otorgada a la prueba documental y a los informes rendidos por delegados de Procuraduría General de la Nación, determinó

que lo que existe es un problema entre adultos, porque es la progenitora quien con el propósito de no permitir que el progenitor se relacione con su hija en forma constante cambia de lugares de su residencia, sin informar al progenitor la dirección del lugar en que se encuentra viviendo, situaciones que no permiten las relaciones paterno filiales ordenadas. Agrega la juzgadora que a su criterio hay alineación parental, de la progenitora hacia su hija, porque se utilizan mecanismos que afectan la autoestima, autoconfianza a la niña protegida, estima que: "... tal como lo explica el síndrome de alienación parental, para evadir y resistirse a los pequeños cambios sugeridos solicitados en la dinámica familiar, cuando (...) se presentó a las primeras audiencias se resistía a separarse de su progenitora quien insistía que ingresarla a la sala de audiencias lo que no se permitió, la niña manifestaba no conocer a su papá, pero repetía que se la quería llevar, ...", -obra a folio ciento setenta y dos y ciento setenta y tres de la pieza de primer grado- además la *aquo* estimó que derivado del análisis de la prueba documental, la progenitora es responsable de la violación del derecho de relación familiar, puesto que el progenitor presentó pruebas de todas las diligencias que ha realizado para acercarse a su hija como un derecho fundamental que le asiste con las cuales según a criterio de la juzgadora se acredita las diligencias realizadas para relacionarse con su hija, lo cual coadyuvara a que se forme un vínculo afectivo -padre e hija- por lo que ordenó que se respetaran la orden de convivencias dictadas por el Juez del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Familia, porque benefician y contribuyen al desarrollo integral de la niña protegida, especialmente en su desarrollo emocional, además este Tribunal de Alzada constató que, en efecto, como lo advierte el juez de sentencia, la menor padece del síndrome de alienación parental, extremo que sólo puede ser superado si se recupera la integridad de la relación familiar y el apoyo permanente de profesionales de la psicología, criterio que es compartido por los que ahora juzgamos, por lo que por este agravio no se acoge la acción intentada.

B) En lo que respecta al agravio manifestado por la apelante, que se refiere a que la sentencia no da valor probatorio a informes presentados por la Procuraduría General de la Nación, este Tribunal en atención al interés superior del niño, toda resolución que sea dictada por las instituciones relacionadas con la protección integral de estos, debe de gozar de una visión infanticéntrica, misma que se debe entender, como todo aquello que tienda a beneficiar o resguardar los derechos del niño, niña o adolescente sujeto a proceso de protección.

El párrafo 1 del artículo 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, con el propósito de garantizarles que se desarrollen en un ambiente en el que se vele por su integridad física, psicológica, moral y promoción de su dignidad humana.

Corresponde a los juzgadores velar porque en todas las decisiones judiciales relacionadas con los niños, se deje patente que el interés superior de éstos ha sido una consideración primordial, correspondiendo explicar la forma en que se ha evaluado y la importancia que se la ha atribuido al interés del niño.

En relación con los argumentos de la apelante que se refiere a falta de valoración de la prueba, es importante destacar que la valoración de la prueba, se refiere al proceso lógico realizado por el juzgador en sus razonamientos para arribar a determinada solución, exponiendo en forma clara y coherente sus argumentos, aplicando para ello las reglas de la sana crítica. En toda sentencia debe plasmarse la regla de la coherencia, es decir, la conexión de un hecho con otro, de una prueba con otra; así mismo corresponde aplicar la regla de la derivación, indicando el juzgador, como los hechos han pasado por un proceso de pensamiento y han sido extraídos de premisas generales coherentes y que son capaces de producir resultados concretos y específicos, debe señalar con claridad y precisión la expresión del pensamiento, al realizar las respectivas consideraciones en la valoración de las pruebas, proceso que llevo a cabo la *A quo* al indicar en el documento sentencial lo siguiente: “...A los demás medios de prueba documentales; informes negativos presentados por Procuraduría General de la Nación, no se les da valor probatorio por no proporcionar información relevante para esclarecer los hechos; la sentencia donde se le fija el monto de tres mil quetzales de pensión alimenticia a favor de la niña y progenitora, no se le da valor probatorio por no proporcionar información que se refiera al hecho sujeto a prueba, ya que la relación con el progenitor no esta supeditada ni limitada a una pensión alimenticia y su cumplimiento. -folio ciento setenta y tres pieza de primer grado-”, argumentos compartidos por los que ahora juzgamos, porque la jurisdicción de niñez conoce exclusivamente de la violación a los derechos de la niñez y adolescencia, lo relativo a la fijación de la pensión alimenticia se encuentra resuelto por el juez Segundo de Primera Instancia de Familia, dentro del expediente mil ciento noventa y siete guión dos mil dieciséis guión cinco mil doscientos veinticinco. Por lo que por este agravio no se acoge la acción intentada.

C) En Lo que respecta al tercer agravio, en cuanto a que no se efectuó pronunciamiento, razonamiento ni valoración en cuanto a sus argumentaciones, porque considera que si existe vulneración a los derechos de la niña protegida fueron causados por el progenitor quien abandono el hogar en el año dos mil trece, sin haber tenido intención de relacionarse posteriormente con su hija, la apelante plantea su recurso porque considera que el juez de la causa inobservó lo dispuesto en el artículo 11 bis Código Procesal Penal que se refiere a la fundamentación que deben tener los autos y las sentencias; al respecto del motivo invocado por la apelante es importante indicar que para controlar el discurso probatorio, evitar las arbitrariedades del juez y salvaguardar la eficacia de la Tutela Judicial Efectiva, uno de los principios del proceso acusatorio consiste en la exigencia de la motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales, concebida como la exteriorización del juez de justificar las razones por las cuales llega a determinada conclusión jurídica, no basta que se transcriba las partes conducentes de lo sucedido durante la sustanciación de todas las audiencias, se requiere que al dictar un fallo explique en forma racional, lógica, coherente y entendible el proceso intelectual realizado para arribar a una determinada conclusión, porque durante la sustanciación del juicio se ha puesto a su conocimiento la plataforma fáctica de las partes y han aportado los elementos probatorios que sustentan sus respectivas posiciones, Este tribunal de alzada advierte que la juez de la causa realizó el proceso lógico de razonamiento que se exige al momento de dictar su fallo, como se determina en la lectura de la sentencia impugnada, en el apartado que indica: “... cuando (...) se presentó a las primeras audiencias se resistía a separarse de su progenitora quien insistía que ingresarla a la sala de audiencias lo que no se permitió, la niña manifestaba no conocer a su papá, pero repetía que se la quería llevar, en las demás audiencias se quedaba en el ara lúdica sin ningún problema al separarse de su mamá, dejo de hablar en secreto lo que era muy común, se expresa con mayor fluidez y espontaneidad, por consiguiente de acuerdo al contenido de la prueba documental, se establece que la responsable de la violación a ese derecho humano a la niña es responsable la progenitora, quedando demostrada la diligencia del progenitor en buscar esa relación con su hija, contrario la progenitora quien ha tenido el cuidado de la niña, no ha facilitado los medios para que se materialice la relación de la niña con su padre. ...”. Este Tribunal considera que lo manifestado por la apelante respecto a este agravio carece de veracidad al indicar que la *A quo* no había efectuado pronunciamiento, razonamiento ni valoración en cuanto a las argumentaciones vertidas por parte de

la presentada, (...), porque la *A quo* en el apartado conducente de manera concreta y clara indica que toda la prueba documental que fue presentada durante la dilación del proceso de protección de conformidad con la ley es útil y pertinente y que a su criterio con esos elementos probatorios quedó acreditado la violación al Derecho Humano a mantener relación personal con su progenitor, porque no se relacionó con su hija por cuatro años, no obstante que el Juez segundo de familia había fijado hora para la relación paterno filial. –obrante a folio ciento setenta y uno pieza de primer grado- La sentencia de primer grado guarda congruencia entre lo peticionado y lo resuelto y, además atiende claramente el interés superior del niño y alienta a ambos padres a proporcionarle una familia a su pequeña hija, quien nunca debe ser empleada como escudo por ninguno de los progenitores ante las diferencias existentes entre ambos. No quedó en evidencia violación alguna por parte del juzgador *A Quo*, quien no sólo tuteló los derechos de la menor, sino además garantizó plenamente el debido proceso, Por lo que por este agravio no se acoge la acción intentada.

Como consecuencia de lo antes establecido, quienes juzgamos en esta instancia, somos del criterio que no ha existido vulneración alguna a los derechos de la menor protegida, por parte del juzgador de primera instancia, no se provocó ningún agravio a la parte apelante y debe darse estricto cumplimiento a la sentencia emanada por el juez de primera instancia de la niñez y adolescencia y adolescentes en conflicto con la ley penal del municipio de Villa Nueva, quien en la sentencia objetada observó con estricto apego a la ley, la tutela judicial efectiva que siempre debe primarse en favor de la niñez, por lo que los magistrados de esta Sala de la Corte de Apelaciones DECLARA SIN LUGAR LA APELACIÓN PLANTEADA POR (...), y como consecuencia, CONFIRMA LA SENTENCIA RECURRIDA, extremo que tiene que quedar asentado en la parte resolutive del presente fallo.

CITA DE LEYES: Los citados y 1, 2, 3, 12, 203 y 204 de la Constitución Política

de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 51, 52, 71, 86, 87, 88, 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala con base en lo considerado y leyes citadas al resolver DECLARA: I.- SIN LUGAR EL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO; II.- En consecuencia, CONFIRMA LA SENTENCIA VENIDA EN GRADO; III.- Con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al juzgado de origen, NOTIFÍQUESE.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Joaquín Medina Bermejo, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

21/09/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - 603-2016

01196-2018-00603 Of. 1º SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Guatemala, veintiuno de septiembre del año dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, que resuelve el recurso de Apelación interpuesto por (...), contra la sentencia de fecha dieciocho de junio del año dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana.

I. IDENTIFICACIÓN DE LOS NIÑOS PROTEGIDOS:

a) (...), de dos años de edad, nació el diecinueve de mayo de dos mil dieciséis, hija de (...) y de (...), según consta en certificado de nacimiento extendido por el Registro Civil de las Personas, del Registro Nacional de las Personas del departamento de Guatemala, en donde se individualiza a la niña protegida con el código único de identificación número tres mil seiscientos sesenta y ocho veintidós mil trescientos ochenta y uno cero ciento uno (3668223810101).

b) (...), de doce años de edad, nació el veintitrés de enero de dos mil seis, hijo de (...) y de (...), según consta en certificado de nacimiento extendido por el Registro Civil de las Personas, del Registro Nacional de las Personas del departamento de Guatemala, en donde se individualiza al niño protegido con el código único de identificación número tres mil quince cincuenta y tres mil cuatrocientos veintinueve cero ciento uno (3015534290101).

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez de la Causa, en la sentencia recurrida, DECLARÓ: "... I) Vulneración a los derechos de los niños (...) y (...), específicamente al derecho respeto (sic), a la dignidad, a la integridad, a la familia, a la estabilidad familiar, a la protección contra el maltrato en su modalidad de descuido y trato negligente, y también a la educación en relación al niño (...), por lo que para restituir sus derechos humanos vulnerados se dictan las siguientes medidas; II) Se revoca la colocación del niño (...), recaído en la abuela materna (...) y su conviviente (...); II) Se ordena el abrigo temporal de los niños (...) y (...) en el Hogar Sombra de Sus Alas, bajo declaratoria de responsabilidad, de velar por su cuidado, salud, educación, para que alcancen un desarrollo integral; IV) Se ordena que el niño (...), reciba terapia psicológica y continúe estudiando en el presente ciclo escolar, debiendo presentar las constancias a este Juzgado. Así mismo que sea presentado al Ministerio de Educación, para que se le practique el examen de suficiencia académica; V) Se ordena que los señores (...), (...) y (...) cumplan con asistir a escuela para padres y terapia psicológica en "Profani" (sic), debiendo presentar las constancias a este Juzgado; VI) Se ordena que la niña (...) sea evaluada por médico forense del Instituto Nacional de Ciencias Forenses con el objeto de establecer su estado de salud actual y descartar maltrato infantil; VII) Se autoriza el permiso de visita de los señores (...), (...) y (...), para los niños protegidos en el hogar abrigante, bajo supervisión y respetando las normas del hogar; VIII) Se ordena a la Procuraduría General de la Nación que cumpla con realizar la investigación necesaria, así como los estudios sociales y psicológicos a fin de ubicar recurso familiar idóneo para los niños de mérito..."-.

III.- DE LA AUDIENCIA ORAL Y PRIVADA:

La audiencia oral y privada de segunda instancia, se llevó a cabo el dieciocho de septiembre del año dos mil dieciocho a las diez horas con treinta minutos, en la cual los sujetos procesales hicieron las argumentaciones que consideraron pertinentes.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado es garantizar la correcta aplicación de la justicia, mediante la cual se logra el desarrollo integral de la persona, dentro del marco del respeto de las Garantías y Derechos Fundamentales inherentes a las partes y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada por la ley adjetiva a las partes, el cual se hace efectivo mediante el Recurso de Apelación; tomando en consideración que es función de este órgano colegiado conocer y resolver los Recursos

de Apelación que se interpongan y que la ley faculta realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia y dictar el fallo que se ajuste a las pretensiones de las partes procesales, garantizando la seguridad en la aplicación de la justicia, obteniendo con ello la paz social.

CONSIDERANDO II

La interponente manifiesta sus agravios y expresa: "... El juzgador únicamente tomo en cuenta lo declarado y solicitado por la Procuraduría General de la Nación, quien no realizó ningún estudio en relación a algún riesgo de los niños. No tomo en cuenta la declaración del menor (...) (sic), quien expreso su plena voluntad de poder vivir con mi persona (...), a quien no se le escucho en cuanto al cuidado y desarrollo de la niña (...) y quien es persona que ha sido la encargada de cuidar de ella desde hace dos años. Dentro del proceso que se realizó la parte denunciante asistió más veces a audiencias realizadas por parte del Juez dejándome en desventaja no citándome para mi defensa y la de los niños por lo que desde allí hay desigualdad procesal. Así mismo no fui acusada por parte de la denunciante ni de ninguna otra persona de que los niños sufrieran maltrato alguno, sino al contrario se encontraban en perfectas condiciones físicas y psicológicas. Así mismo (...) nunca declaro ningún tipo de maltrato y a simple vista se podía observar que su condición física y emocional son buenas. Por lo que no acorde a la ley ellos fueron separados de su núcleo familiar sin razón alguna... si bien es cierto que la resolución busca proteger a los niños pero únicamente lo hace con información parcial dado que a mi persona no se me permitió presentar testigos ni pruebas materiales ni documentales a pesar de que contamos con las mismas, así mismo no tuve participación en ninguna audiencia anterior para aclarar al juzgador y que pudiera resolver siempre cuidando el interés superior de los niños... SE ANULE La sentencia dictada por el de fecha dieciocho de junio del año en curso, así como de todo lo actuado en el juicio y se ordene EL REENVÍO al juez de sentencia competente, para que observando el debido proceso y garantías constitucionales se renueve el trámite sin vicios de ninguna naturaleza, y en su oportunidad se dicte la sentencia que en derecho corresponda..."-.

CONSIDERANDO III

Este Tribunal de alzada, al realizar el análisis, estudio de las actuaciones y confrontación de los argumentos vertidos por el recurrente considera:

Con relación al primer y segundo agravio aducidos por la ahora recurrente y que se relaciona, el primero al hecho de que no se le permitió

presentar testigos y pruebas materiales, alegando que se le ha vulnerado su derecho a una defensa técnica y el segundo a su inconformidad porque a su juicio existió desigualdad procesal por su falta de participación en el proceso de mérito, del análisis del proceso de primer grado se verifica que los derechos de la familia paterna estuvieron representados desde el inicio de la tramitación del presente proceso de protección, ya que a folio uno de la pieza de primer grado, la licenciada Leticia de Álvarez de la Procuraduría General de la Nación, al recibir la denuncia procedió a realizar la investigación para ubicar recurso familiar idóneo en donde pudiera ser colocado en abrigo provisional el niño protegido y hace constar: *se procedió a investigar con las abuelas tanto maternas y paternas por parte de la Licda. Leticia de Alvarez quien recibió el caso en fecha 14 de abril del presente año... de tal cuenta que al final de la tarde se presenta a éste juzgado la señora (...) y dice ser tía abuela paterna del menor... Al preguntarle cómo haría para el cuidado del menor si se le otorga e ella la responsabilidad de su cuidado temporal indicó que la abuela materna sería quien lo cuidaría y que ella sólo se haría responsable pero que la abuela se lo llevará a su domicilio...*"; la denuncia fue presentada debido a que los progenitores fueron detenidos por la comisión de un delito y puestos a disposición de un Juez competente y la señora (...) (tía paterna, quien se presentó ante el Juzgado de Paz con competencia Específica para la Protección en Materia de Violencia Intrafamiliar, y de Niñez y Adolescencia Amenazada en sus Derechos) no aceptó hacerse responsable de sus sobrinos. En consecuencia se verifica que la abuela paterna, señora (...), ahora apelante, tuvo que haberse enterado de la prisión de su hijo y nuera y del consecuente internamiento del niño protegido en un hogar de protección, ello debido a que ambas familias (materna-paterna) tiene constante comunicación porque son vecinos, lo cual fue confirmado por el adolescente protegido quien en audiencia de segunda instancia al otorgarle el derecho de opinión del cual goza según lo regulado en el artículo 5 de la ley de la materia, manifestó que de manera ordinaria convivía con ambas familias; como consecuencia de todo lo expuesto se verifica o es evidente la falta de interés de parte de la ahora recurrente durante la tramitación de las diligencias de protección, de informarse o apersonarse al juzgado correspondiente.

Con relación a que se violentó su derecho de defensa, los que ahora juzgamos tampoco compartimos dicho argumento, ya que previo a la realización de la audiencia definitiva, a la recurrente le fue practicado estudio socioeconómico por la Procuraduría General

de la Nación, el cual fue valorado por la juzgadora, otorgándole valor probatorio en el sentido de que la abuela paterna, señora (...) no constituía recurso familiar idóneo para el cuidado de los niños sujetos a protección, de donde se advierte la falta de fundamento en el agravio acá considerado. En vista de lo anteriormente considerado por estos motivos no se acoge la acción intentada.

Al considerar el tercer motivo de inconformidad planteado por la recurrente y que se relaciona a que el fallo se basa en presunciones, porque el juzgador no investigó a profundidad la situación en que se encontraba los menores protegidos y no se tomó en cuenta la declaración del menor (...) quien manifestó su deseo de vivir con la apelante, el Tribunal establece que la Convención sobre los Derechos del niño en los artículos 3 numeral 1; artículo 6 y el artículo 9 numeral 1 y los artículos 5, 11, 16 y el 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, reconocen que el interés superior del niño debe predominar en las resoluciones judiciales y velar por la dignidad del niño, niña y adolescente. Las Reglas de Brasilia contienen recomendaciones para los órganos públicos, especialmente al sistema judicial con el objeto garantizar el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad sin discriminación alguna, considera que todo niño, niña y adolescente es objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración con su desarrollo evolutivo. La Constitución política de la República de Guatemala en el artículo 47 preceptúa la garantía del Estado en relación a la protección de la familia, promoviendo su organización sobre la base legal del matrimonio y la paternidad responsable, porque la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros.

La Procuraduría General de la Nación como la institución encargada por mandato de ley de la investigación correspondiente dentro de los procesos de protección, y en especial en este caso dadas las características especiales del mismo, debe velar por establecer cuál entorno es el más apto para cuidar y proteger al niño de mérito y es ahí donde el juzgador debe basar su resolución, porque el fallo es el medio idóneo en el cual, debe fundamentarse en respeto de los derechos fundamentales de los niños protegidos, en especial el interés superior de estos; en este sentido los que ahora juzgamos, al realizar el estudio correspondiente del proceso de primer grado concluimos que el argumento vertido por la recurrente carece de fundamentación fáctica, dado

que Procuraduría General de la Nación si realizó la investigación correspondiente, y estableció que ninguno de los dos entornos familiares, tanto el materno como el paterno (abuela paterna, ahora recurrente) gozan de los elementos y condiciones necesarias para ser considerados como familia idónea para otorgar el abrigo y cuidado de los niños protegidos, a folios del sesenta y dos al sesenta y siete de la pieza de primera grado, obra informe social rendido por la Licenciada Luz Mariana Mejía Rosales, Trabajadora Social de la Procuraduría General de la Nación de la visita domiciliar realizada a la residencia de la abuela paterna, la cual en el apartado de conclusiones y recomendaciones, establece: “... Se le informa al honorable señor Juez, que la abuela Paterna, No se constituyen (sic) como recurso familiar, debido a que las condiciones de vivienda no son adecuadas, se observó un ambiente muy desarreglado y con mala higiene, además que la abuela paterna no tiene buena relación con la abuela materna que vive a la par, esto ocasionaría más problemas familiares... la señora (...), trabaja en recolección de basura en los alrededores, y según fuentes colaterales es una persona problemática y con malas relaciones interpersonales...”; debido a que el A quo verificó el interés de la ahora apelante de ser considerada como recurso familiar idóneo, en el fallo impugnado en el apartado resolutivo específicamente en el numeral romanos séptimo, la autoriza para que realice visitas a sus nietos en el hogar donde se encuentran abrigados, sin embargo según lo informado en la audiencia de segunda instancia por la representante del hogar abrigante y confirmado por la apelante, a la presente fecha no se ha efectuado ninguna visita, ni acercamiento a dicho hogar, lo que evidencia la falta de interés por establecer la situación física y emocional en que se encuentran sus nietos, así como de los cuidados que les son proporcionados en el hogar de protección, lo que resulta en perjuicio de los protegidos, ya que dicha relación es necesaria entre estos y sus familiares para fomentar entre estos, los apegos emocionales correspondientes que promuevan un desarrollo integral de los niños sujetos a protección. Hechos que hacen advertir la necesidad de no acoger por este motivo la acción planteada.

Por lo anteriormente considerado este Tribunal declara sin lugar el recurso de apelación presentado por (...), contra la sentencia de fecha dieciocho de junio del año dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana, en consecuencia se confirma la sentencia venida en grado y así se hará constar en el apartado respectivo.

CITA DE LEYES: Los citados y 1, 2, 3, 12, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 51, 52, 71, 86, 87, 88, 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala con base en lo considerado y leyes citadas al resolver DECLARA: I.- Sin Lugar el recurso de apelación presentado por (...), contra la sentencia de fecha dieciocho de junio del año dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana; **II.-** En consecuencia se confirma la sentencia venida en grado; **III.-** Con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al juzgado de origen. Notifíquese.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios; Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

28/09/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - 248-2018

01196-2018-00248 Of. 2°. SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Guatemala, veintiocho de septiembre del año dos mil dieciocho.

I) EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar **SENTENCIA** de segundo grado, que resuelve el recurso de apelación presentado por, (...), contra la sentencia de quince de junio del año dos mil dieciocho, dictada por el Juez del Juzgado de Primera instancia de la Niñez y la Adolescencia del Área Metropolitana con sede en esta ciudad, dentro del proceso de protección tramitado a favor de la niña (...).

I. IDENTIFICACION DE LAS PARTES PROCESALES:

A) Niña: (...): nació el dieciséis de marzo de dos mil quince, en el municipio y departamento de Guatemala hija de (...) y (...), código único de identificación, tres, cinco, dos, uno, nueve, uno, cinco, cuatro, seis, cero, uno, cero, uno (3521915460101) la cual obra a folio siete de la pieza de primer grado.

B) (...); (progenitora).

C) (...); (progenitor).

D) Procuraduría General de la Nación;

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez del Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana con sede en esta ciudad, en sentencia de fecha quince de junio del año dos mil dieciocho, **DECLARÓ:** “(...) **A) Riesgo al derecho a la protección por el maltrato en su modalidad abuso sexual de la niña (...) responsabilidad presunta del señor (...) la cual será determinada por el Ministerio Público, para restituir los derechos conculcados se dictan las siguientes medidas de protección: I) Se confirma la permanencia temporal de la niña (...), con la señora (...), en calidad de familia ampliada por ser su abuela materna, bajo declaratoria de responsabilidad de su cuidado, protección, educación para que alcance su desarrollo integral. Bajo las siguientes condiciones: a) Se ordena que la niña (...) continúe su terapia psicológica en Fundación Sobrevivientes, debiendo presentar constancias en la próxima audiencia. b) La abuela materna señora (...) deberá asistir a terapia psicológica en Fundación Sobrevivientes, debiendo presentar constancias en la próxima audiencia. II) Continúa la prohibición que la niña (...) tenga contacto con su supuesto agresor, señor (...), mientras no solvente su situación penal en el Ministerio Público. III) Se autoriza que la abuela paterna (...) pueda visitar de forma supervisada a la niña (...). IV) SE SEÑALA AUDIENCIA DE VERIFICACIÓN DE LA MEDIDA PARA EL DÍA DIEZ DE AGOSTO DEL ÑAO ODS MIL DIECIOCHO A LAS DOCE HROAS CON TREINTA MINUTOS; V) A costa de los interesaos y con las formalidades de ley, extiéndase certificación del presente fallo. Notifíquese.**

III. DE LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACION:

Fue interpuesto por (...9; contra la sentencia de quince de junio de dos mil dieciocho, dictada por el Juez del Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia de la Niñez la Adolescencia del Área Metropolitana.

DE LA VISTA ORAL Y RESERVADA: La audiencia de Apelación señalada se llevó a cabo el día y hora señalados, a la cual comparecieron los sujetos procesales, hicieron las alegaciones que consideraron pertinentes, Procuraduría General de la Nación sustituyó su participación en forma escrita.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado, es garantizar la correcta aplicación de la justicia, y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada a las partes, haciéndose efectivo mediante el planteamiento del Recurso de Apelación; teniendo en consideración que es función de este órgano colegiado, conocer y resolver los recursos que se interpongan, que la ley faculta al órgano de alzada a realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia estrictamente en los motivos que inspiran la acción recursiva y dictar el fallo que se ajuste a las pretensiones de las partes, con el objeto de garantizar seguridad en la aplicación de la justicia, para procurar la paz social.

CONSIDERANDO II

Manifiesta la parte interponente del Recurso de Apelación; que no se encuentra de acuerdo con la sentencia apelada argumentando que: “(...) el agravio lo constituye. El apartado declarativo del auto, en el inciso “A” al indicar riesgo al derecho a la protección por el maltrato en su modalidad(sic) abuso sexual de la niña (...), responsabilidad presunta del señor (...), la cual será determinada por el Ministerio Público ,(sic) para restituir los derechos conculcados se dictan las siguientes medidas de protección: «I) Se confirma la permanencia temporal de la niña (...), con la señora (...), en calida de familia ampliada por ser abuela materna...» «...II Continúa la prohibición que la niña (...), tenga contacto con su supuesto agresor, señor (...), mientras no solvente su situación penal en el Ministerio público(sic)...» De la resolución de fecha quince de junio del año dos mil dieciocho(...) la resolución emitida por el honorable juzgador lo que hace es (...) dividir una familia, violentando a mi hija el derecho de relacionarse con su papá o sea mi persona, porque menciona un riesgo a la protección del maltrato, pero y o pregunto que riesgo es, que probabilidades de riesgo es(sic), la verdad no se indica sobre ese supuesto, además, debo recordar que el motivo pro el cual el Juzgado de niñez conoce el presente expediente deviene de una denuncia falsa, y aunado a que durante el desarrollo de las audiencias realizadas en dicho Juzgado nunca se probó que haya maltratado a mi hija, al contrario se estableció que fueron otros intereses que motivaron la denuncia en contra de mi persona, como lo es que la abuela materna desea quedarse con mi hija, bajo el supuesto que yo no soy padre de mi hija, eso fue lo que se probó y no un maltrato por el cual se me denunció, lo cual me trae al Juzgado de niñez así como al Ministerio público. Porque se dice que existe un riesgo, pero como determinó el Juzgador ese riesgo, no existe información sobre este aspecto. Pero debe tomarse en cuenta en lo

siguiente, debo velar por el Interes(sic) superior de mi hija al derecho de relacionarse con su padre, al derecho de relacionarse con su familia paterna, y como lo hago es mediante este procedimiento, que considero que los honorables Magistrados observaran el error que se cometió en lo que argumento. Porque considero que el Interes(sic) superior de mi hija consiste en darle una protección que no implique una separación del mismo de su entorno. No se está haciendo precisamente eso, al contrario se le está vedando ese derecho, al alejarla de su familia, y porque no existe evidencia alguna sobre riesgos.(...) Además la resolución que recurro, el señor Juez se sustenta en la posibilidad de que yo dilucida(sic) mi situación en el Ministerio Público, considero que son órganos diferentes, con funciones diferentes, y con esto mismo se prueba que no se encontró nada en mi contra y que no existe vulneración a los derechos humanos de mi hija. Porque el Artículo 4 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y adolescencia(sic) establece que el Estado, debe promover y adoptar medidas necesarias para proteger a la familia. Pero con separarme de mi hija lo único que hace es violentar también este derecho.(...)”, por lo que solicita se declare con lugar el recurso de apelación interpuesto.

CONSIDERANDO III

Este Tribunal al analizar los argumentos expuestos por la apelante, la sentencia recurrida, memorial de apelación y antecedentes de primer grado, se estima que lo plantea porque a su criterio lo resuelto le causa los agravios siguientes: **a) Que el Juzgador haya resuelto que existe riesgo al derecho a la protección en su modalidad de abuso sexual y que dicha responsabilidad del presunto agresor será determinada por el Ministerio Público. b) La permanencia temporal de la niña (...), con la señora (...) en calidad de familia ampliada por ser su abuela materna; y c) Continúa la prohibición que la niña protegida, tenga contacto con el recurrente, hasta que éste solviente su situación penal.**

a) Referente a lo manifestado por la parte apelante de que le causa agravio: **Que el Juzgador haya resuelto que existe riesgo al derecho a la protección en su modalidad de abuso sexual y que dicha responsabilidad del presunto agresor será determinada por el Ministerio Público;** es pertinente hacer mención que de conformidad con el artículo 123 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la prueba se valora por los juzgadores especializados de conformidad con la sana crítica, es decir el juzgador de la causa debe hacer la declaratoria no solamente tomando en cuenta los medios de prueba aportados, sino

también realizar una integración oportuna del principio del interés superior del niño el cual se consagra en el artículo 5 del la Ley de la materia que además del derecho de opinión de los protegidos lleva implícito el fin primordial de la legislación en materia de niñez y adolescencia que es lograr su desarrollo sostenible e integral como lo regula el artículo 1 del decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, al punto es importante traer a la vista lo considerado por el Juzgador en la sentencia de mérito en la cual al considerar lo relativo al riesgo de maltrato en su modalidad de abuso sexual plasmó (folio ciento cincuenta y ocho anverso y reverso) “(...) El Juzgador establece riesgo al derecho a la protección por el maltrato en su modalidad de abuso sexual de la niña (...) lo anterior con base a informe psicológico obrante a folio dieciocho en el cual la niña de mérito indicó (...) ¿Qué partes de tu cuerpo nadie te debe tocar? (señala cuello y vulva) mi vulva (...) ¿alguien te ha tocado allí? Mi papa ¿con que te toca allí? Con la lengua (...) A folio sesenta y tres, posteriormente (...) en el inacyf a(sic) fue evaluada nuevamente y con ayuda de los muñecos anatómicos se realizaron las siguientes preguntas a la niña de mérito ¿toco alguna parte de tu cuerpo? No responde. Se le preguntan las partes del cuerpo y responde: manos, ojos, pies, chiche. Se le pregunta si papá la tocó y evade la respuesta. ¿el papa vive en tu casa? Responde no ¿Dónde vive papa(sic)? Responde donde abuela ¿tu papá para que usa su lengua? Responde: para comer. ¿para que mas usa su lengua? Se queda callada. ¿alguien te ha bajado tu calzón? Se queda callada. ¿puedes contarnos algo que te paso? Se queda callada.(...)”; lo anteriormente relacionado en el documento sentencial permite verificar a este Tribunal, que el Juez de autos tomó la decisión con base en los informes que le fueron presentados, además de ello el juzgador de la niñez dentro del ámbito de sus atribuciones solo puede determinar precisamente la amenaza o vulneración de los derechos de la niña protegida no así la responsabilidad penal pues ello es exclusivo de los jueces con competencia en materia penal, siendo coherente su resolución al indicar que la responsabilidad deberá ser determinada por el Ministerio Público mediante los procedimientos propios que integral el proceso penal ante un Juez de dicha materia, pues de conformidad con el artículo 107 del Código Procesal Penal es el encargado de la acción penal, por lo cual referente a este motivo se debe declarar sin lugar el recurso de apelación planteado.

b) En cuanto a que le causa agravio que el juez **al resolver declaró la permanencia temporal de la niña (...), con la señora (...) en calidad de familia**

ampliada por ser su abuela materna, el Juzgador para fundar su tomo decisión valoró los informes que le fueron presentados dentro del proceso de protección pues ello lo hizo constar en el documento sentencial (folio ciento cincuenta y nueve reverso) “(...) Este Juzgador de conformidad con la investigación realizada que a folio vientos en la cual se concluye que el señor (...) actualmente no constituye un recurso familiar favorable par el cuidado y protección de su hija debido al riesgo que existe de que sea el agresor de la niña(...) –el informe relacionado en la sentencia obra a folios veintidós y veintitrés de la pieza de primer grado el cual fue presentado por la Procuraduría General de la Nación dicho informe es psicológico de determinación de recurso familiar-, lo anterior brinda a este Tribunal los motivos que tuvo el *A-quo* para confirmar la permanencia en forma temporal de la niña protegida, pues al momento de dictarse la medida el recurso idóneo para la niña de mérito era su abuela materna, además de ello se permitió la relación de la abuela paterna para que con ello se pueda tener vínculo con la familia paterna, debido a ello en cuanto a lo manifestado por el recurrente por su improcedencia, el recurso de apelación respecto de este motivo debe ser declarado sin lugar.

c) En relación a **haya resuelto que continúa la prohibición que la niña protegida, tenga contacto con el recurrente, hasta que éste solvente su situación penal**, Es importante indicar que el Juzgador de la niñez y adolescencia tiene dentro de sus atribuciones de conformidad con el artículo 104 de la Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia “(...) a) Conocer, tramitar y resolver aquellos hechos o casos remitidos, denunciados o conocidos de oficio, que constituyan una amenaza o violación a los derechos de la niñez y adolescencia y que, a través de una resolución judicial, se restituya el derecho violado o cese la amenaza o violación al mismo.(...), en el presente caso el juez de primer grado determinó que existe una amenaza a los derechos de la niña en protección y en cumplimiento de sus facultades dictó las medidas que estimó necesarias, es importante hacer ver a los sujetos procesales que la resolución y el sistema de protección de niñez y adolescencia tienen como fin primordial la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en forma preferente y jamás supeditados a otros derechos, la orden del juzgador tiene un límite temporal y ello dependerá de que el apelante resuelva su proceso penal, no siendo una prohibición perpetua restrictiva sino preventiva, ya que no obra dentro de las constancias procesales que haya finalizado el proceso al cual se encuentra sujeto el recurrente, siendo lógico lo decidido

por el Juez *A-quo*, en virtud de lo anteriormente considerado, respecto de este agravio debe ser declarado sin lugar el recurso de apelación.

Este Tribunal estima de conformidad con lo anteriormente considerado que el recurso de apelación planteado debe ser declarado sin lugar, como se hará constar en la parte dispositiva del presente fallo.

LEYES APLICABLES: Las citadas y lo que para el efecto establecen los artículos 44, 51, 54, 203, 204 y 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala;1, 6, 8, 11, 13, 14, 15 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130, 140, 141 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 88, 141, 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial.

PORTANTO: Esta Sala, con base en lo considerado, interés superior del niño y leyes citadas al resolver **DECLARA: I)** Sin lugar el recurso de apelación presentado por, (...), contra la sentencia de quince de junio del año dos mil dieciocho, dictada por el Juez del Juzgado de Primera instancia de la Niñez y la Adolescencia del Área Metropolitana con sede en esta ciudad; **II)** En consecuencia se confirma el fallo impugnado; **III)** Notifíquese y con certificación de lo resuelto, vuelvan los antecedentes al Juzgado de origen.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

28/09/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - 160-2018

01174-2018-00160 Of. 3° SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Guatemala, veintiocho de septiembre del año dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, que resuelve el recurso de Apelación interpuesto por (...), contra la sentencia de fecha cuatro de junio del año dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana.

I. IDENTIFICACION DEL NIÑO PROTEGIDO:

a) (...), de siete años de edad, nació el veintitrés de junio del año dos mil once, hijo de (...) y (...), según consta en certificación de nacimiento la cual carece de número de partida, por lo que se identifica con el número de cui: dos mil doscientos setenta y cuatro cero cuatro mil doscientos cincuenta y cuatro cero ciento uno, del Registro Civil de las Personas del municipio y departamento de Guatemala, del Registro Nacional de las Personas;

b) (...), de cinco años de edad, nació el once de enero del año dos mil trece, hijo de (...) y (...), según consta en certificación de nacimiento la cual carece de número de partida, por lo que se identifica con el número de cui: dos mil seiscientos sesenta y siete noventa y dos mil doscientos cero ciento uno, del Registro Civil de las Personas del municipio y departamento de Guatemala, del Registro Nacional de las Personas;

II.- EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez de la Causa, en la sentencia recurrida, DECLARÓ: "... **I)** Violación a los derechos humanos de los niños (...) y (...) específicamente en su derecho a la estabilidad de la familia, derecho a ser protegidos contra toda forma de maltrato en sus modalidades de descuidos o tratos negligentes y abuso emocional ...; **II)** ...; **III)** ...; **IV)** En cuanto a lo solicitado por la abuela paterna a través de su Abogado Director por las razones expuestas en audiencia no ha lugar; **V)** Se revoca el abrigo provisional de los niños (...) y (...) al lado de su abuela paterna, señora (...) y se ordena el abrigo definitivo de los niños (...) y (...) con la progenitora, señora (...) en calidad de familia biológica, con el apoyo de la señora (...), bajo estricta declaratoria de responsabilidad de su cuidado integral, debe garantizarles principalmente su derecho a la salud, educación, reciban terapias psicológicas, continúen cursando el presente ciclo escolar, el niño reciba su tratamiento respectivo y debe de cumplir con las medidas ordenadas; **VI)** ...; **VII)** ...; **XIII)** NOTIFÍQUESE.

III.- DE LA AUDIENCIA ORAL Y PRIVADA: La audiencia oral y privada de segunda instancia, se llevó a cabo el veinticinco de septiembre del año dos mil dieciocho a las once horas, en la cual los sujetos procesales hicieron las argumentaciones que consideraron pertinentes.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado es garantizar la correcta aplicación de la justicia, mediante la

cual se logra el desarrollo integral de la persona, dentro del marco del respeto de las Garantías y Derechos Fundamentales inherentes a las partes y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada por la ley adjetiva a las partes, el cual se hace efectivo mediante el Recurso de Apelación; tomando en consideración que es función de este órgano colegiado conocer y resolver los Recursos de Apelación que se interpongan y que la ley faculta realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia y dictar el fallo que se ajuste a las pretensiones de las partes procesales, garantizando la seguridad en la aplicación de la justicia, obteniendo con ello la paz social.

CONSIDERANDO II

La interponente manifiesta sus agravios y expresa: "... los puntos resolutive de la sentencia impugnados, es decir el numeral romano IV y V, ... causan agravios que atentan contra el interés superior de los niños (...) y (...) ambos de apellidos (...), toda vez que: a. Constituye un agravio, la existencia dentro del expediente, de un informe de trabajo social, cuya autora manifiesta que emitió el mismo a requerimiento de juez, sin que dicho requerimiento conste en el proceso de primera instancia. Con dicho informe se vulneró el derecho a un debido proceso de los niños (...) y (...) ambos de apellidos (...) y las demás partes procesales en favor de una de las partes procesales la señora (...). b. Constituye un agravio, la existencia dentro del expediente, de un informe de trabajo social, cuya autora manifiesta que emitió el mismo a requerimiento de juez, sin que dicho requerimiento conste en el proceso de primera instancia y que contiene cuando menos datos inexactos y manipulados, que indujeron a error al Honorable Señor Juez Quinto de Primera instancia al momento de dictar la sentencia impugnada en los numerales romanos apelados; c. Constituye un agravio, lo resuelto en el numeral romano IV de la sentencia impugnada, pues con ella revictimizó a los niños (...) y (...) ambos de apellidos (...), al vulnera su derecho a estabilidad familiar y del lugar de su habitación, revocando el abrigo en familia ampliada otorgado a la Abuela Paterna, ... d. Constituye un agravio, lo resuelto en el numeral romano IV ... pues revictimizó a los niños ..., vulnerando así nuevamente sus derechos humanos, al colocarlos al abrigo definitivo de su progenitora y su tía (...), sin que constara en el expediente de primera instancia: i. el hecho que la progenitora hubiere concluido con la escuela de padres y terapias psicológicas ordenadas, que hiciera suponer que la progenitora hubiere adquirido y demostrado el conocimiento y aptitud psicológica mínimo necesaria para el cuidado de sus hijos; ii. El hecho que la tía no reside en la república de Guatemala, sino en la República de Honduras; iii. El hecho que la tía no

tiene su domicilio en la república de Guatemala, sino en la República de Honduras; con lo cual se expone a los niños a la amenaza o violación a sus derechos de libertad, familia, salud, educación y otros que solo una persona con madurez suficiente puede demostrar. e. Constituye un agravio, lo resuelto en el numeral romano IV ... pues revictimizó a los niños (...) y (...) ambos de apellidos (...), vulnerando así nuevamente sus derechos humanos, al colocarlos al abrigo definitivo de su progenitora y su tía (...), sin que constara en el expediente de primera instancia, la capacidad material de la progenitora para cumplir con las obligaciones impuestas en la sentencia, por la ubicación de su residencia y otras circunstancias tales como capacidad económica que hacen evidente la imposibilidad de dicha persona para cumplir con su propio sostenimiento, el de su hermana y el de sus hijos menores; f. Constituye un agravio, lo resuelto en el numeral romano IV ..., pues revictimizó a los niños ... vulnerando así nuevamente sus derechos humanos, al colocarlos al abrigo definitivo de su progenitora, toda vez que a la misma se le declaró la responsabilidad de la violación de los derechos de los niños (...) y (...). g. Constituye un agravio... pues a los niños (...) y (...) ambos de apellidos (...), al haber considerado como fuente probatoria para dictar lo resuelto, un segundo informe de trabajo social, que el juez no había requerido, cuyos datos son cuanto menos inexactos, manipulados y emitidos con sesgo claro en favor de la progenitora sin tomar en cuenta el interés superior de los niños; ... (sic)"

CONSIDERANDO III

Este Tribunal de alzada, al realizar el análisis, estudio de las actuaciones y confrontación de los argumentos vertidos por el recurrente considera:

La Convención sobre los Derechos del niño en los artículos 3 numeral 1; artículo 6 y el artículo 9 numeral 1 y los artículos 5, 11, 16 y el 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, reconocen que el interés superior del niño debe predominar en las resoluciones judiciales y velar por la dignidad del niño, niña y adolescente. Las Reglas de Brasilia contienen recomendaciones para los órganos públicos, especialmente al sistema judicial con el objeto garantizar el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad sin discriminación alguna, considera que todo niño, niña y adolescente es objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración con su desarrollo evolutivo. La Constitución política de la República de Guatemala en el artículo 47 preceptúa la garantía del Estado en relación a la protección de la familia, promoviendo su organización sobre la base legal del matrimonio y la

paternidad responsable, porque la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros.

Del agravio aducido por la ahora recurrente en el sentido de que el juzgador basa su sentencia en un informe social rendido por parte de la Procuraduría General de la Nación a través de la Licenciada Nelsa Castañeda Ovando –el cual obra a folios ciento noventa y seis al doscientos de la pieza de primer grado-; previamente es procedente indicar que la literal b) del artículo 108 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, preceptúa que son atribuciones de la Procuraduría General de la Nación las siguientes: “... *Dirigir, de oficio o a requerimiento de parte* o del juez competente, la investigación de los casos de niños, niñas y adolescentes amenazados o violados en sus derechos; ...”, –el resaltado es nuestro- y el artículo 122 preceptúa que todos los elementos probatorios deberán ser presentados cinco días antes de la fecha señalada para la celebración de la continuación de la audiencia en donde se resolverá en definitiva lo relativo a la existencia o no de la vulneración de los derechos de los niños protegidos. La normativa legal invocada regula lo relativo al procedimiento de investigación y de ofrecimiento de pruebas que debe realizarse y cumplirse dentro de los plazos indicados. Por lo que se advierte que si bien es cierto que el informe en ningún momento fue requerido por parte del Juzgador de primer grado, porque ya obraba en la carpeta judicial el estudio social de fecha veintidós de febrero del año dos mil dieciocho –obra a folio cincuenta y tres al cincuenta y cinco de la pieza de primer grado- el que en sus recomendaciones indica: “... *En la actualidad la señora (...), NO constituye recurso familiar idóneo para el cuidado y protección de sus hijos los niños (...)* Y (...) *AMBOS (...)* ...”, también lo es que la Procuraduría General de la Nación –ente investigador- se encuentra facultada para realizar la investigación de oficio y presentar los informes ante el Juez competente cinco días antes de la celebración de la continuación de la audiencia, no obstante que la trabajadora social ya había practicado estudio social, se presentó nuevamente a la residencia de la progenitora (...), practicó otro estudio y solicitó **hasta el día de la audiencia que fuera incorporado al expediente**. Este Tribunal advierte una variación al debido proceso, ya que como se extrae al escuchar el audio de celebración de audiencia definitiva celebrada ante el juez de primer grado el ocho de mayo del año dos mil dieciocho, la Procuraduría General de la Nación presentó y solicitó se agregara a la carpeta judicial respectiva el informe de estudio social

practicado y el juzgador lo acepta y le confiere valor probatorio como lo argumenta en la sentencia – folios doscientos ochenta y seis reverso y doscientos ochenta y siete- donde considera: “... Informe al que se le confiere valor probatorio, ya que determina que las circunstancias que originaron el presente proceso cambiaron positivamente y que la progenitora de los niños cuenta con una adecuada situación social, familiar, de vivienda, económica y de salud en donde poder restituir los derechos humanos a los niños de mérito...”, de conformidad con la normativa procesal invocada, la actuación del *a quo* viola así el debido proceso establecido en la ley especial, ya que dicho informe fue aportado de manera extemporánea como ya se argumentó, el juzgador en ningún momento debió de otorgarle valor probatorio al momento de dictar la sentencia ahora recurrida, provocando así que el documento sentencial carezca de los elementos de validez necesarios para que el mismo goce de certeza jurídica al haber variado las formas del proceso como quedó acotado, evidenciándose en consecuencia que al apelante le asiste la razón.

La petición realizada por la recurrente señora (...), en calidad de abuela paterna, consiste en que se revoque el numeral romanos V) de la sentencia de mérito y que los niños protegidos sean entregados en abrigo definitivo a su lado, solicitud que a criterio de este Tribunal goza de fundamentos lógicos porque protegen el interés superior de los niños (...) y (...) de apellidos (...), ya que dicha señora fue considerada como recurso familiar idóneo para la protección de sus nietos dentro de la tramitación respectiva, circunstancia que el juzgador valoró y consideró en la sentencia recurrida, cuando a folio doscientos setenta y cinco reverso en la literal **Dos)** hace constar: “... Informe de psicología forense de fecha doce de febrero del año dos mil dieciocho rendido por la Licenciada OLGA SIOMARA OSORIO BORRAYO, Psicóloga de Procuraduría General de la Nación, en el cual la profesional concluye y recomienda que de acuerdo al proceso de evaluación y entrevista psicológica... De momento se considera que la abuela paterna, la señora (...), constituye el recurso familiar para el cuidado y protección de los niños de mérito...”; motivo por el cual en el momento procesal oportuno, le otorgó el abrigo provisional. Obra también dentro de la carpeta judicial informe psicológico del cual se extrae la consideración realizada por el *a quo* y es la siguiente -folio doscientos setenta y nueve reverso- literal **Catorce)**: “... Informe psicológico de recurso familiar de fecha veintidós de febrero del año dos mil dieciocho, identificado como... practicado a (...), (...) y (...), rendido por la Licenciada MARIA DEL ROSARIO GOMEZ CUELLAR, Psicóloga

de Procuraduría General de la Nación, en el cual la profesional concluye y recomienda que los progenitores pertenecen a un entorno de una familia disfuncional, en la que los conflictos, la mala conducta y el abuso por parte de los miembros individuales se producen de una manera continua (sic)...”. La profesional en psicología concluye que: “... la señora (...), abuela paterna, ... Ella manifiesta que tanto su hijo como su nuera no han vivido en armonía, dicha situación le esta afectando a los niños y por lo mismo desea tenerlos, por el momento en lo que los progenitores solucionen sus desaveniencias. ...”, al cual la juzgadora le confiere valor probatorio e indica: “... Al que se le confiere valor probatorio, porque en su momento el mejor recurso familiar que se ubicó para hacerse responsable de los niños de mérito, fue su abuela paterna, señora (...)...”;-folio doscientos ochenta pieza de primer grado- es importante para esta sala jurisdiccional y para todo funcionario judicial que conoce, tramita y resuelva procesos de la niñez, saber que, por la naturaleza de los mismos, estos deben ser resueltos teniendo en cuenta las opiniones del equipo multidisciplinario y de los profesionales de la Procuraduría General de la Nación, como ente encargado por mandato legal de la investigación correspondiente, a efecto de resolver el conflicto satisfactoriamente en beneficio de los niños, niñas y adolescentes protegidos, investigación realizada y se encuentra incorporada en la presente carpeta judicial. Sin embargo sin privilegiar el interés superior de los niños protegidos, el *a quo* modificó el abrigo provisional otorgado a la abuela paterna, porque valora el informe rendido por la profesional en Trabajo Social, Licenciada Nelsa Castañeda Ovando, de la Procuraduría General de la Nación, de fecha dos de mayo del año dos mil dieciocho, el cual concluye que la progenitora es recurso familiar para el cuidado y protección de sus hijos, (contrario a lo concluido en informe de fecha veintidós de febrero del dos mil dieciocho), mismo que en ningún momento fue requerido por parte del Juzgador de primer grado ni ofrecido en la etapa procesal correspondiente, sino que fue recibido por el juzgador en la celebración de la audiencia definitiva, variando así las formas del proceso porque ya había transcurrido en exceso el plazo para el ofrecimiento y aceptación del elemento probatorio referido y ese informe es la base para fundamentar su fallo y otorgar el abrigo definitivo a la progenitora. En vista de lo cual en respeto del debido proceso, la tutela judicial efectiva y principalmente el interés superior de los niños protegidos, este Tribunal en base a los argumentos realizados y en protección del interés superior de los protegidos, declara con lugar el recurso de apelación presentado por (...) y en consecuencia se revoca el numeral romanos V) de la

sentencia venida en grado y resolviendo conforme a derecho el mismo queda de la siguiente manera: "... V) Se confirma el abrigo definitivo de los niños (...) y (...) al lado de su abuela paterna, señora (...) en calidad de familia ampliada, bajo estricta responsabilidad de su cuidado integral, debiéndoles garantizar su derecho a la salud, educación, terapias psicológicas, debiendo continuar cursando el presente ciclo escolar..."; por la forma en que se resuelve, el numeral romano IV) del apartado por tanto del documento sentencial queda sin valor y efecto legal alguno.

CITA DE LEYES: Los citados y 1, 2, 3, 12, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 51, 52, 71, 86, 87, 88, 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala con base en lo considerado y leyes citadas al resolver **DECLARA:** I.- Con lugar el recurso de apelación presentado por (...); II.- En consecuencia se revoca el numeral romanos V) de la sentencia venida en grado y resolviendo conforme a derecho el mismo queda de la siguiente manera: "... V) Se confirma el abrigo definitivo de los niños (...) y (...) al lado de su abuela paterna, señora (...) en calidad de familia ampliada, bajo estricta responsabilidad de su cuidado integral, debiéndoles garantizar su derecho a la salud, educación, terapias psicológicas, debiendo continuar cursando el presente ciclo escolar..."; por la forma en que se resuelve, el numeral romano IV) del apartado por tanto del documento sentencial queda sin valor y efecto legal alguno; IV.- Con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al juzgado de origen. Notifíquese.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

26/10/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - 94-2018

01068-2018-00094 Of. 2º SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Guatemala, veintiséis de octubre del año dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, que resuelve el recurso de Apelación interpuesto por (...), contra la sentencia de fecha treinta de julio del año dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del municipio de Mixto del departamento de Guatemala.

I. IDENTIFICACION DE LAS PARTES PROCESALES:

A) Niña: (...), nació el veinticuatro de abril del año dos mil trece, en el municipio y departamento de Guatemala, hija de (...) y de (...), datos que constan a folio cinco del expediente de primer grado.

B) Niño: (...), nació el dos de febrero del año dos mil quince, en el municipio y departamento de Guatemala, hijo de (...) y de (...), datos que constan a folio cuatro del expediente de primer grado.

C) (...) (progenitora).

D) (...) (progenitor).

E) Procuraduría General de la Nación por medio de la abogada Elba Lucrecia Prera Granados.

I. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez de la Causa, en la sentencia recurrida, **DECLARÓ:** "... I) Que existió violación a los derechos humanos de los niños (...) e (...), específicamente el Derecho a la Integridad emocional y psicológica, respeto y familia al separárseles de su progenitor y no permitirles que se relacionaran y tuvieran contacto con él en forma directa y constante; II) Para restituirle sus derechos a dichos niños se dictan las siguientes medidas de protección: A) Se ordena la Colocación Definitiva de los niños (...) e (...) ambos de apellidos (...), al lado de la progenitora (...), haciendo declaratoria de responsabilidad a la misma, para que vele por su cuidado, educación y protección, represtación legal en cualquier entidad publica(sic) o privada, sin poder entregarlos previa y expresa autorización judicial; B) Se ordena que los niños (...) e (...) ambos de apellidos (...), continúen recibiendo Orientación Psicológica; C) Se ordena que ambos progenitores (...) y (...) continúen recibiendo Escuela para Padres por el tiempo que el profesional designado estime prudente. D. Se ordena que los niños (...) e (...) ambos de apellidos (...), continúen estudiando en el presente ciclo escolar dos mil dieciocho; E. Se autorizan las relaciones paterno filiales de los niños (...) e (...)

ambos de apellidos (...), con el señor (...), cada quince días sábado y domingo de ocho a dieciocho horas hincando el sábado cuatro de agosto del presente año, sin pernoctar, para fortalecer lazos afectivos. IV) Se ordena a ambos niños continúen sus chequeos médicos y estimulación temprana. V). Se señala fecha para Audiencia de Revisión de Medida el JUEVES CUATRO DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL DIECIOCHO, ALAS CATORCE HORAS. VI) Se hace constar que las partes procesales quedaron debidamente notificadas con fecha treinta de julio del año dos mil dieciocho...".

II.- DE LA AUDIENCIA ORAL Y PRIVADA: La audiencia oral y privada de segunda instancia, se llevó a cabo el día y hora señalados, en la cual los sujetos procesales hicieron las argumentaciones que consideraron pertinentes.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado es garantizar la correcta aplicación de la justicia, mediante la cual se logra el desarrollo integral de la persona, dentro del marco del respeto de las Garantías y Derechos Fundamentales inherentes a las partes y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada por la ley adjetiva a las partes, el cual se hace efectivo mediante el Recurso de Apelación; tomando en consideración que es función de este órgano colegiado conocer y resolver los Recursos de Apelación que se interpongan y que la ley faculta realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia y dictar el fallo que se ajuste a las pretensiones de las partes procesales, garantizando la seguridad en la aplicación de la justicia, obteniendo con ello la paz social.

CONSIDERANDO II

La interponente manifiesta sus agravios y expresa: "...Agravio: Es el caso distinguido Juez que el señor (...), en sentencia de fecha VEINTIUNO DE AGOSTO del año DOS MIL DIECIOCHO, en su parte resolutive POR TANTO:DECLARA: I) Que el acusado (...)... es autor responsable del delito de VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, de tipo FISICO, cometido en agravio de (...), por lo que, por la comisión de dicho delito se le impone la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN... lo que denota ser un ser AGRESIVO... AUNADO que se encuentra vigentes las medidas de seguridad de fecha DIECISEIS de AGOSTO del año DOS MIL DIECIOCHO, en la cual se otorgaron entre otra la medida de seguridad, regida en el inciso i) Se PROHIBE al presunto agresor, (...)... PERTURBE O INTIMIDAR A (...), (...) e (...), así como al cualquier integrante de su grupo familiar.....,

En el cuerpo de dichas medidas de seguridad se estipula que es por el PLAZO DE SEIS MESES y que se nos deberá auxiliar en nuestra residencia o en cualquier lugar donde nos encontremos. COMO NO CAUSARNOS AGRAVIO EL HECHO DE QUE LA SENTENCIA RECURRIDA ESTIPULA QUE: Se autoriza las visitas al progenitor cada quince días sábados y domingos de 8:00 a 16:00, iniciando el sábado 4 de agosto del presente año, sin pernoctar para fortalecer lazos afectivos. ESTO MÁS QUE FORTALECER LAZO AFECTIVOS HAVENIDO A PERTURBAR E INTIMIDAR A LOS MENORES, EL HECHO DE TENER QUE PRESENTARLOS EN UN LUGAR PUBLICO Y SIN SUPERVISION. DESPUES DE HABER QUEDADO ESTABLECIDO QUE EL PROGENITOR ES UN AGRESOR. Si bien es cierto estamos frente al padre de los menores eso no es garantía para establecer que no les va a ocurrir ninguna situación vergonzosa, ni el hecho de que nos encontramos frente a un juzgado que lo que se espera del mismo es que se garantice la protección de la parte más débil que en este caso son los menores, la sentencia recurrida los pone en un estado de vulnerabilidad e indefensión, ante su padre. LEGALMENTE NO PUEDE VENIRSE A CONTRADECIR UNA MEDIDA DE SEGURIDAD VIGENTE LA CUAL SE ENCUENTRA PROTEGIENDO LA INDEFENSION DE LOS MENORES, PORQUE CAERIAMOS EN UNA DESOBEDIENCIA... ¿QUE OBJETO TIENE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD VIGENTES? SI SE PRETENDE DEJAR AL ACTOR QUIEN HA SIDO...DECLARADO AGRESOR QUE CONVIVA CON LOS MENORES CUANDO TIENEN LA PROHIBICION DE PERTURBARLOS E INTIMIDARLOS, Y COMO YA LO EXPRESE SOLO EL HECHO DE QUERER TENER LAZOS CON ELLOS, ACTUALMENTE NO ES LO MAS INDICADO, PUES LO UNICO QUE OCACIONA ES PERTURBAR E INTIMIDAR LA ESTABILIDAD EMOCIONAL Y PROGESIVA DE LOS MENORES, MAS AUN SI SE PRETENDE HACER SIN NINGUNA SUPERVISION. Toda vez que existe un DAÑO inmaterial el cual comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa Y A SUS ALLEGADOS, en este caso son mis hijos menores los más allegados a mi y quienes han padecido las secuelas de dicha agresión....". Solicita se declare con lugar el Recurso de Apelación.

CONSIDERANDO III

Este Tribunal de alzada, al realizar el análisis de las actuaciones y confrontación de los argumentos vertidos por la recurrente se estima que lo plantea por el agravio siguiente: a) Que el Juez al haber autorizado las visitas al progenitor cada quince

días sábados y domingos de ocho a dieciséis horas, ya que, a su criterio con dicha orden se contradice una medida de seguridad vigente que se encuentra protegiendo a los protegidos, lo que se ocasiona según su argumento es que se les perturbe e intimide la estabilidad emocional y progresiva a los niños. Respecto a lo manifestado por la recurrente, se debe verificar la declaratoria del Juzgador en el documento sentencial (folio ciento ochenta y cinco expediente de primer grado) "...E. Se autorizan las relaciones paterno filiales de los niños (...) e (...) ambos de apellidos (...), con el señor (...), cada quince días sábado y domingo de ocho a dieciocho horas iniciando el sábado cuatro de agosto del presente año, sin pernoctar, para fortalecer lazos afectivos...". Es pertinente mencionar que, el juzgador no ha autorizado al progenitor a visitar domicilio, lugar de trabajo o estudio de la progenitora y los niños de mérito, ya que como hace mención la interponerte dicha opción ha sido vedada por el Juez que autorizó las medidas de seguridad, el *A-quo* ha autorizado la relación de los niños con el progenitor según se determina en la declaratoria, siendo falaz lo afirmado por la recurrente en el memorial de recurso de apelación planteado. El Juez de la causa resolvió, habiendo hecho acopio de cada uno de los informes presentados por los profesionales, otorgándoles a los mismos valor probatorio (ello de conformidad con lo estipulado en el artículo 123 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia) y ha concluido que efectivamente han sido vulnerados los derechos de los niños protegidos, es importante mencionar que los artículos 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, los cuales regulan el interés superior del niño como el postulado principal en materia de Niñez y Adolescencia, lo que implica que la decisión del Juzgador no debe realizarse de forma abrupta ni antojadiza, sino en base a lo informado por los profesionales por los cuales es auxiliado, y es en base a dicha información que arribó a la declaratoria en la cual ordenó entre otras medidas ordenó la colocación definitiva de los protegidos con ella (progenitora) y que los mismos se relacionen con el progenitor pero con la salvedad que no pernoctarán con él. Es importante indicar que la declaratoria no se debe supeditar al interés de alguna persona (progenitores) sino ir encaminada a tomar la mejor decisión para el desarrollo integral de los niños protegidos (respeto de sus derechos inherentes), ya que, es por ello que para dictar su fallo el juez de la causa, valoró los medios de prueba y en consecuencia hizo la declaratoria correspondiente; en virtud de lo anterior este Tribunal es del criterio que el recurso de apelación debe ser declarado sin

lugar, como se hará constar en la parte dispositiva del presente fallo.

CITA DE LEYES: Los citados y 1, 2, 3, 12, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 51, 52, 71, 86, 87, 88, 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala con base en lo considerado y leyes citadas al resolver DECLARA: I.- Sin Lugar el recurso de Apelación interpuesto por (...), contra la sentencia de fecha treinta de julio del año dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del municipio de Mixto del departamento de Guatemala; **II.-** En consecuencia se confirma la sentencia venida en grado; **III.-** Con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al juzgado de origen. Notifíquese.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

26/10/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - AMPARO-85-2018

01015-2018-00085 Of. 5°. SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, CONSTITUIDA EN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AMPARO. Guatemala, veintiséis de octubre de dos mil dieciocho.

I.- Se tiene a la vista para resolver la Acción Constitucional de Amparo individualizada en el acápite;

I) ANTECEDENTES.

a) INTERPOSICIÓN Y AUTORIDAD RECLAMADA: La presente Acción Constitucional de Amparo, fue interpuesta por (...) y (...) en contra del Consejo Nacional de Adopciones, a través del Director General Abogado Carlos Octavio Enríques Mena.

b) TERCEROS INTERESADOS:

1.- Unidad de Amparos de la Procuraduría General de la Nación; -2.- Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público.

c) ACTO RECLAMADO: Manifiesta el amparista, que el acto reclamado lo constituye: “... la resolución identificada como **RESOLUCIÓN NÚMERO CNA-DG-037-2018 (sic)** de fecha doce de julio de dos mil dieciocho, emitida por la Dirección General del Consejo Nacional de Adopciones, mediante la cual declaran improcedente, rechazar in limine el recurso planteado por (...) Y (...), presentado con fecha catorce de junio de dos mil dieciocho, en contra de la resolución identificada como **CNA-DG-FA-027-2018 (sic)** dictada por el Director General del Consejo Nacional de Adopciones, el veintiuno de mayo de dos mil dieciocho...”.

d) USO DE PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS CONTRA EL ACTO RECLAMADO:

“... una vez enterados y notificados de la resolución identificada como **CNA-DG-FA-027-2018 (sic)** de fecha veintiuno de mayo de dos mil dieciocho... se procedió... a plantear recurso reposición en contra de dicha resolución... como consecuencia de dicho recurso, el Consejo Nacional de Adopciones, emite resolución identificada como **CNA-DG-037-2018 (sic)** de fecha doce de julio de dos mil dieciocho...”.

e) CASOS DE PROCEDENCIA: De lo manifestado por el amparista se concluye que se refiere a lo dispuesto en las literales a), d) y h) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

f) LEYES QUE EL INTERPONENTE DENUNCIA COMO VIOLADAS:

Manifiesta la Interponente que, al emitir el acto reclamado, la autoridad impugnada vulneró los artículos, 20, 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño; literal f artículo 2, 4 de la Ley de Adopciones y 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

g) REMISION DE ANTECEDENTES POR PARTE DE LA AUTORIDAD IMPUGNADA:

Con fecha diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho se recibe informe circunstanciado y expediente administrativo de Adopción identificado como CNA guión AN Guión ciento cuarenta y dos

guión dos mil diecisiete y en resolución de la misma fecha de recepción del informe circunstanciado y antecedente se otorga el amparo provisional, en virtud que las circunstancias del caso así lo ameritan.

II) TRÁMITE DEL AMPARO:

a) PRIMERA RESOLUCIÓN: En resolución de fecha tres de septiembre de dos mil dieciocho, resuelve dar por recibida las actuaciones, se forma el expediente respectivo y entre otras cosas, se concede un plazo de tres días a los interponentes para que subsanen los requisitos solicitados; en resolución de diez de septiembre del corriente año, se tiene por cumplido con lo ordenado y se otorga el plazo de cuarenta y ocho horas a la autoridad impugnada para que remita a este Tribunal Constitucional de Amparo, informe circunstanciado y expediente relacionado con los niños (...) y (...), el cual se identifica como CNA guión AN ciento cuarenta y dos guión dos mil diecisiete (CNA-AN-142-2017), los cuales son recibidos diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho, día en que se resuelve otorgar el amparo provisional y otorgar plazo de cuarenta y ocho horas a las partes y terceros interesados para que se pronuncien de conformidad con la Ley.

b) PRIMERA AUDIENCIA.

Al evacuar la primera audiencia, conferida a las partes y terceros interesados, por el término de cuarenta y ocho horas, los mismos se pronunciaron de la siguiente forma:

- **Consejo Nacional de Adopciones**, a través del Director General Abogado Carlos Octavio Enríquez Mena, quien presentó su pronunciamiento y solicitó lo siguiente: que se agregue a sus antecedentes el presente escrito y documentos adjuntos; que se tenga por evacuada la audiencia conferida; que se revoque el amparo provisional del acto otorgado, en el numeral romano IV del auto de fecha diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho, ya que a nuestro juicio el mantenimiento de la medida no se justifica porque la resolución administrativa dictada por el Consejo Nacional de Adopciones en fecha veintiséis de abril de dos mil dieciocho, ya que los niños (...) y (...), tienen oportunidad de integrarse a un medio familiar, de las doce familias certificadas idóneas registradas en el banco de familias de este Consejo Nacional de Adopciones, impidiendo continuar con la etapa de emparentamiento de conformidad con el artículo 44 de la Ley de Adopciones; que al resolver ese alto tribunal, declare sin lugar la

presente acción de amparo y consecuentemente se emita la que en derecho corresponde; que se abra a prueba el presente; que se establezca día y hora para la vista pública.

- **Procuraduría General de la Nación**, a través del Abogado Luis Alberto Sosa Avendaño, quien presento su pronunciamiento y solicitó lo siguiente: que se admita para su trámite el presente escrito, se tenga por presentado el documento adjunto y se agregue a sus antecedentes; que con base en el documento que se acompaña, se reconozca la personería con que actúo, en representación del Estado de Guatemala; que se tenga como abogado director y procurador al indicado y por señalado como lugar para recibir notificaciones el indicado en el apartado respectivo; que se tenga por evacuada la audiencia conferida y que por los motivos expuestos, al momento de pronunciar sentencia sea denegada la protección constitucional de amparo promovida, como consecuencia se emitan las demás declaraciones que procedan legalmente y se notifique a la partes.

Amparistas: (...) y (...), quienes realizaron su pronunciamiento y solicitaron lo siguiente: que se reciba y se admita para su trámite el presente memorial y documentos adjuntos; que se tenga por evacuada la audiencia conferida, que se abra a prueba el presente amparo por el término de ley; que se tengan por ofrecidos los medios de prueba individualizados en el apartado respectivo; que se declare con lugar la acción constitucional de amparo y en consecuencia se ordene al consejo Nacional de Adopciones que dé participación a los señores (...) y (...), como posibles adoptantes en el caso concreto de (...) y (...); que se declare que en el presente caso no es necesaria la obtención de un certificado de idoneidad de conformidad con la ley; se conmine a la autoridad reclamada a dar exacto cumplimiento a lo decidido en sentencia dentro del plazo de cinco días de recibida la ejecutoria, bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se le impondrá multa respectiva, sin perjuicio de las demás responsabilidades que la ley establece; que se condene en costas al Consejo Nacional de Adopciones.

- **Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparo y Exhibición Personal del Ministerio Público**, a través del Agente Fiscal Abogado Francisco Roberto Azpuru Villela, quien presento su pronunciamiento y solicitó lo siguiente: Se agregue a sus antecedentes el presente memorial y documentos adjuntos; que se reconozca la personería con que actúa y se tenga

como lugar para recibir notificaciones el señalado; se tome nota que el infrascrito abogado actuara bajo su propia dirección y procuración que se tenga por evacuada la audiencia conferida y se abra a prueba el amparo planteado por el improrrogable termino de ocho días.

c) PERIODO DE PRUEBA Y DESCRIPCIÓN DE LAS PRUEBAS APORTADAS:

- **Consejo Nacional de Adopciones**, a través del Director General Abogado Carlos Octavio Enríquez Mena: 1) Memorándum número ochocientos cincuenta y nueve guión dos mil dieciocho de fecha veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho, signado por el ingeniero José Manuel Leiva Ruano, Coordinador de Registro; 2) Memorándum número ochocientos cincuenta y ocho de fecha veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho signado por el ingeniero José Manuel Leiva Ruano, Coordinador de Registro.

- **Amparistas:** (...) y (...): 1) certificado de nacimiento de (...), emitido por el Registro Nacional de las Personas; 2) oficio número treientos cuarenta y siete guión diez, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil diez, emitido por Juzgado de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley penal de Quiche; 3) copia de la sentencia de veintiséis de julio de dos mil diecisiete, emitida por el Juzgado de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley penal del departamento de Quiche, Santa Cruz del Quiche; 4) Oficio número setecientos cincuenta y siete guión dos mil catorce, de fecha dos de diciembre de dos mil catorce, emitido por el Juzgado de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley penal de Quiche; 5) nota evolutiva de fecha dieciséis de marzo de dos mil diecisiete, emitida por la licenciada Manuela Chavajay Cortez, Psicóloga Clínica, en el que (...) es un niño feliz y sano; 6) informe psicológico de fecha dos de enero de dos dieciocho, emitido por la Psicóloga Esteffany Paola García López; 7) informes psicológicos emitidos por el Consejo Nacional de Adopciones; 8) oficio número treientos cuarenta y uno guión diez de fecha veintidós de noviembre de dos mil diez, emitido por el Juzgado de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley penal de Quiche; 9) certificado de Nacimiento emitido por el Registro Nacional de la Personas, de la menor (...); 10) copia de la resolución de fecha catorce de mayo de dos mil dieciocho, emitida por el Juzgado de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley penal de Quiche; 11) oficio número un mil veintiséis guión dos mil dieciséis

de fecha veintinueve de septiembre de dos mil dieciséis, emitido por el Juzgado de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley penal de Quiché; 12) oficio número cuatrocientos ochenta y nueve guión dos mil diecisiete de fecha ocho de agosto de dos mil diecisiete, emitido por el Juzgado de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley penal de Quiché; 13) informe psicológico de fecha diez de enero de dos mil dieciocho, emitido por la Psicóloga Esteffany Paola García López; 14) informe psicológico de fecha tres de abril de dos mil dieciocho, emitido por la Psicóloga Esteffany Paola García López; 15) fotografías de nuestros hijos de sangre y de (...) y (...) compartiendo juntos; 16) fotografías de nuestra casa así como del resto de infraestructura de Hogar Manos de Compasión; 17) informe circunstanciado presentado por el Consejo Nacional de Adopciones ante el tribunal Constitucional de Amparo; 18) expediente identificado como CNA guión AN guión ciento cuarenta y dos guión dos mil diecisiete del Consejo Nacional de Adopciones; 19) presunciones legales y humanas.

- **Procuraduría General de la Nación**, no evacuó la audiencia conferida.

- **Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público**, no evacuó la audiencia conferida.

d) SEGUNDA AUDIENCIA:

Al evacuar la segunda audiencia, conferida a las partes y terceros interesados, por el término de cuarenta y ocho horas, los mismos se pronunciaron de la siguiente forma:

- **Amparistas**: (...) y (...), quienes presentaron sus argumentaciones finales y solicitaron lo siguiente: que se reciba y se admita para su trámite el presente memorial; que se tenga por evacuada la audiencia conferida; que con las pruebas aportadas se declare con lugar la presente acción de amparo y en consecuencia se restablezca a los interponentes en la situación jurídica afectada, así como a los niños menores de edad (...) y (...), suspendiendo en definitiva la resolución número CNA guión DG guión cero treinta y siete guión dos mil dieciocho de fecha doce de julio de dos mil dieciocho, emitida por el Consejo Nacional de Adopciones y en consecuencia quede también sin efecto la resolución CNA guión DG guión FA guión veintisiete guión dos mil dieciocho de fecha veintiuno de mayo de dos mil dieciocho; que se ordene al Consejo

Nacional de Adopciones que dé participación a los señores (...) y (...), como posibles adoptantes en el caso concreto de (...) y (...); que se declare que en el presente caso, no es necesaria la obtención de un certificado de idoneidad debido a que de conformidad con la Ley de adopciones en su artículo 15; se conmine a la autoridad reclamada a dar exacto cumplimiento a lo decidido en la sentencia dentro del plazo de cinco días de recibida la ejecutoria, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento, se le impondrá multa respectiva, sin perjuicio de las demás responsabilidades que la ley establezca; que se condene en costas al Consejo Nacional de Adopciones, toda vez que en repetidas oportunidades y casos similares anteriores a este, ha resuelto negando la declaratoria e idoneidad impidiendo así la continuidad de casos de adopción de menores de edad, atentando contra el interés superior del niño como principio fundamental establecido en nuestra legislación.

- **Procuraduría General de la Nación**, a través del agente del Abogado Luis Alberto Sosa Avendaño, quien presentó su argumentación final y solicitó lo siguiente: que se admita para su trámite el presente escrito y se agregue a sus antecedentes; se tenga por evacuada la audiencia conferida y que por los motivos expuesto, al momento de pronunciar sentencia sea denegada la protección constitucional de amparo promovida, como consecuencia se emitan las demás declaraciones legalmente y se notifiquen a las partes.

- **Consejo Nacional de Adopciones**, a través del Director General Abogado Carlos Octavio Enríquez Mena, presentó su argumentación final y solicitó lo siguiente: que se agregue a sus antecedentes el presente escrito y documentos adjuntos; que se tenga por evacuada la audiencia conferida; que al resolver se declare sin lugar la presente acción de amparo y consecuentemente se emita la que en derecho corresponde, en virtud de que este Consejo, evaluó la declaratoria de idoneidad de los señores (...) de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Adopciones y realizó el análisis integral sobre los efectos de la institucionalización y continuación de la vulneración a sus derecho a la familia de los niños interesantes en el presente caso, de formalizarse la adopción con los postulantes de la adopción; que se abra a prueba el presente amparo; que se establezca día y hora para la vista pública.

- **Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibiciones Personal del Ministerio Público**, a través del agente fiscal Abogado Francisco Azpuru

Villela, quien presentó su argumentación final y solicitó lo siguiente: que se agregue para a sus antecedentes el presente memorial; que en la forma expuesta se tenga por evacuada la segunda audiencia conferida; que al dictar sentencia se otorgue la protección constitucional de amparo solicitada por (...) y, (...) en contra del Director General del Consejo de Adopciones y en consecuencia se suspenda en definitiva la resolución CNA guión DG guión treinta y siete guión dos mil dieciocho, de fecha doce de julio de dos mil dieciocho, emitida por la Dirección General del Consejo Nacional de Adopciones y en consecuencia también quede sin efecto la resolución CNA guión DG guión FA guión veintisiete guión dos mil dieciocho, de fecha veintiuno de mayo de dos mil dieciocho; que se ordene al Consejo Nacional de adopciones de participación a los señores (...) y, (...), como posibles adoptantes de los menores (...) y (...); se fije término a la autoridad reclamada para dictar la resolución, bajo apercibimiento de ley.

- **VISTA PÚBLICA**, celebrada el veintitrés de octubre de dos mil dieciocho a las once horas con treinta minutos, evacuando de manera escrita la misma las siguientes partes:

- **Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibiciones Personal del Ministerio Público**, a través del agente fiscal Abogado Francisco Azpuru Villela, quien presentó sus argumentaciones y solicitó lo siguiente: que se agregue a sus antecedentes el presente memorial; se tenga por evacuada la audiencia señalada para el día de la vista pública; que al dictar sentencia se otorgue la protección constitucional de amparo solicitada (...) y, (...), en contra del Consejo Nacional de Adopciones y en consecuencia se suspenda en definitiva la CNA guión DG guión treinta y siete guión dos mil dieciocho, de fecha doce de julio de dos mil dieciocho, emitida por la Dirección General del Consejo Nacional de Adopciones y en consecuencia también quede sin efecto la resolución CNA guión DG guión FA guión veintisiete guión dos mil dieciocho, de fecha veintiuno de mayo de dos mil dieciocho; que se ordene al Consejo Nacional de adopciones de participación a los señores (...) y, (...), como posibles adoptantes de los menores (...) y (...); se fije término a la autoridad reclamada para dictar la resolución, bajo apercibimiento de ley.

Procuraduría General de la Nación, a través del Abogado Edwin Alberto León Pineda, quien presentó sus argumentaciones y solicitó lo siguiente: que se admita para su trámite el presente escrito, se tenga por presentado el documento adjunto

y se agregue a sus antecedentes; que con base al documento que acompaño, se reconozca la calidad con que actúo, en representación del Estado de Guatemala, en sustitución del Abogado Luis Alberto Sosa Avendaño; que se tenga como abogado director al indicado y por señalado como lugar para recibir notificaciones el indicado en el apartado respectivo; que se tenga por evacuada por escrito, además de las argumentaciones verbales, en la vista pública por pare de esta representación en el día y hora correspondiente; que por los motivos expuestos, al momento de pronunciar sentencia sea denegada la protección constitucional de amparo, se hagan las demás declaraciones que en derecho corresponden y se notifique a las partes.

CONSIDERANDO I

El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o los reestablece en el goce de los mismos cuando la violación se ha consumado. Procede siempre que las leyes, disposiciones, resoluciones o actos de autoridad lleven implícito amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. El derecho de defensa es una garantía fundamental conforme a lo cual no puede privarse a los particulares de derecho alguno, sin antes citarlos, oírlos y vencerlos en proceso legal y preestablecido.

La Acción Constitucional de Amparo, ha surgido de la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución y el fiel cumplimiento de sus preceptos por la autoridad correspondiente y que su espíritu es ser una garantía en contra de la arbitrariedad de los sujetos pasivos del amparo, es decir, que esta acción constitucional tiene por fin proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido, no obstante ello, el Amparo se encuentra sujeto a determinados presupuestos o requisitos de carácter eminentemente procesal, cuya observancia o cumplimiento debe ser ineludible y primordial en la petición que se presente; con el objeto de posibilitar el conocimiento de fondo de dicha protección constitucional.

CONSIDERANDO II

Manifiesta los amparistas, que el acto reclamado lo constituye: *".... la resolución identificada como RESOLUCIÓN NÚMERO CNA-DG-037-2018 (sic) de fecha doce de julio de dos mil dieciocho, emitida por la Dirección General del Consejo Nacional de Adopciones,*

mediante la cual declaran improcedente, rechazar in límine el recurso planteado por (...) Y (...), presentado con fecha catorce de junio de dos mil dieciocho, en contra de la resolución identificada como CNA-DG-FA-027-2018 (sic) dictada por el Director General del Consejo Nacional de Adopciones, el veintiuno de mayo de dos mil dieciocho...” y que lo que pretende es que se dejen sin efecto ambas resoluciones ya que considera que son violatorias a los derechos constitucionales de los niños (...) y (...), así como a los derechos de ellos, ya que lo que pretenden es resguardar la integridad de los menores y que se prevenga cualquier vulneración a sus derechos, en base al interés superior del niño que les asiste, reconociendo el derecho de ser adoptados por ellos, por ser la familia con la cual ya existe un vínculo familiar ya que desde temprana edad (recién nacidos) han cuidado, criado, educado y protegido por más de siete años, creando un vínculo también con los hijos de sangre de ellos a quienes consideran sus hermanos.

CONSIDERANDO III

El Interés Superior del Niño es una garantía que debe aplicarse en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, para asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, en ningún caso su aplicación disminuirá, tergiversará o restringirá los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y la ley especial que regula lo relativo a la protección de los niños y niñas. El proceso de protección tiene como objeto restablecer los derechos humanos violentados a los niños, niñas o adolescentes, protección o restablecimiento que se consigue a través de una sentencia judicial que les restituya los derechos básicos para que se desarrollen integralmente en un ambiente sano, que vele por su protección y cuidado, que sus derechos inherentes le sean respetados y nunca más violentados; dicha estabilidad familiar se puede obtener por medio de las modalidades alternativas de cuidado como lo es la adopción. Se deben tomar en consideración las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que establecen pautas adecuadas de orientación política relativa a la protección y bienestar de los niños privados del cuidado parental, las cuales preferentemente tienen por objeto que el niño, niña o adolescente permanezca bajo la guarda de su propia familia o se reintegre a ella. Así como lo establece el numeral romanos dos, punto

cuatro de dicha directriz, que hace referencia a que los niños y jóvenes vivan en un entorno en el que se sientan apoyados, protegidos, cuidado en donde promuevan su potencial; hace énfasis en aplicar las directrices el interés superior del niño, la importancia del derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta según su edad y grado de madurez; en la modalidades de acogimiento, la importancia de garantizar a los niños un hogar estable y que satisfagan sus necesidades básicas de un vínculo continuo y seguro con sus acogedores, siendo la permanencia un objetivo esencial; en relación a las decisiones relativas a la remoción de la guarda que ha de revisarse periódicamente y un aspecto muy importante es el punto quince de las referidas modalidades establece: “... La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no debería constituir nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que debería considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado...”

La Corte de Constitucionalidad en el expediente cuatro mil quinientos treinta guión dos mil quince, con base en el artículo 3 inciso 1) del artículo de la Convención Sobre los Derechos del Niño considera: “... i) que el interés Superior del Niño estipula un principio general en lo que respecta a la interpretación y aplicación de los derechos del niño, pues debe aplicarse como un concepto dinámico en el cual debe evaluarse adecuadamente en cada contexto en especial; ii) que el Interés Superior del Niño es un concepto triple, que se abarca como un derecho sustantivo, como un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. En lo que respecta al derecho sustantivo los derechos del niño deben ser una consideración primordial evaluada al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida; en cuanto a que es un principio jurídico interpretativo fundamental, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño y, con relación a que es una norma de procedimiento, se establece que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño concreto, esta debe incluir la estimación de las posibles repercusiones, tanto positivas como negativas, así como la justificación y constancia que se ha tenido en cuenta el referido interés, ya sea en cuestiones normativas generales o en casos concretos...” el interés superior del niño debe ser al que están llamadas a potenciar, todas las instituciones que intervienen dentro el sistema de protección y justicia especializada en materia de niñez y adolescencia, por lo que se estima que no

certificar la idoneidad a los señores (...) y (...), **por el Consejo Nacional de Adopciones, en base a los informes de evaluación psicológica y social, así como la opinión jurídica profesional rendidas por el equipo multidisciplinario de la Unidad de Atención y Apoyo a la Familia Adoptiva y el Niño Adoptado del Consejo Nacional de Adopciones, resulta carente de argumentación fáctica, ya que los profesionales emitieron opinión desfavorable, por considerar que los adoptantes encuadran dentro de las prohibiciones contenidas en la literal d) del artículo 10 de la Ley de Adopciones y que no sería adecuado integrar a un niño al hogar de los solicitantes en virtud que continuarían institucionalizados**, se verifica que los profesionales visualizan factores de riesgo para los niños a integrar desde el plano psicosocial, ya que no serían restituidos sus derechos humanos, específicamente el de la familia, su calidad de vida no estaría siendo asegurada por una familia que cuente con un contexto adecuado para que estos desarrollen de forma asertiva y fomenten en los niños su desenvolvimiento día a día en un ambiente de institucionalización, **concluyen que la familia no cumple con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Adopciones, no obstante que el Consejo nacional de Adopciones reconoce el vínculo existente entre los niños y los solicitantes, además es de resaltar que los profesionales en los informes rendidos no toman en cuenta, en ningún apartado el daño que se causaría a los niños (...) y (...), el separarlos de su familia, en este caso de los postulantes, quienes los han criado como sus hijos biológicos, han viajado a Estados Unidos de Norteamérica y que desde días de nacidos han vivido como hijos propios y compartido con los hijos biológicos de los accionantes a quienes consideran sus hermanos, se han formado dentro de una familia integrada, que ha estado con ellos por más de siete años y es la única familia que conocen.**

Este tribunal estima que los impedimentos observados por los profesionales, los cuales motivan que no se certifique la idoneidad de los señores (...) y (...), no privilegia el interés superior de los niños protegidos y el único obstáculo según criterio es que el lugar en donde conviven el núcleo familiar (accionante, hijos biológicos y los menores sujetos al proceso de adopción) es un hogar de protección que alberga a otros niños, estimación que **no es el contexto idóneo** para que un niño se desarrolle de manera integral y emocionalmente y que también podría afectarle por continuar institucionalizado, sin hacer referencia a que como resultado de los estudios practicados se evidencien situaciones económicas, sociales, psicológicas, físicas personales desfavorables del entorno familiar que para los niños

sujetos al proceso de adopción sean perjudiciales, los cuales determinen que no procede la adopción por parte de los solicitantes.

La opinión desfavorable emitida por los profesionales no cumple con la interpretación tripartita, la cual abarca un derecho sustantivo, como un principio jurídico hermenéutico fundamental y una norma de procedimiento, ya que el interés superior del niño debe evaluarse dentro de cada caso en especial, debiéndose interpretar la normas jurídicas de manera que satisfaga en forma más efectiva la protección que se pretende, atendiendo a las posibles repercusiones perjudiciales que se ocasionen con las decisiones que se tomen –predictibilidad- como por ejemplo tener presente la posibilidad de afectar o no el interés del niño protegido al no considerar el potencial daño que podría causársele en su desarrollo al separarlos de su hogar, que como familia les han provisto de todo lo necesario para su desarrollo mental, emocional y físico, por lo que tomando en consideración la inclinación de afectividad existente entre los niños y los señores (...) y (...) (vínculos afectivos), se evidencia que la decisión de separación para iniciar proceso de adopción con otra familia, alteraría el estado emocional de los niños por su corta edad y es evidente que experimentarían estrés, lo cual le podría ocurrir por no respetarse **su interés superior consagrado también en el artículo 4 de la Ley de Adopciones y por no aplicar al presente proceso la excepción al certificado de idoneidad establecida en el inciso b) del artículo 15 de la norma legal antes citada, que establece que no será necesaria la obtención del certificado de idoneidad de la familia que previamente lo ha albergado como lo ha sido los señores (...) y (...)**; el Consejo resolvió con una visión legalista, formalista y positivista que únicamente afectaría emocionalmente y provocaría daños que podrían ser irreparables en la estabilidad emocional de los niños protegidos, por lo que el razonamiento de que los solicitantes son directores del Hogar Manos de Compasión, porque su vivienda se ubica dentro del hogar y socialmente no es el contexto idóneo para que un niño se desarrolle de manera integral y emocionalmente, carece de sentido lógico y proteccionista por la condición de vulnerabilidad y podría desencadenar posibles violaciones a los derechos de los niños (...) y (...), si se excluye a la familia (...) como familia adoptante, quien como ya se dijo **no necesita obtener certificado de idoneidad porque ya se ha encargado de velar por su bienestar proveyendo todo lo que materialmente requieren los niños protegidos.** Lo resuelto por el Consejo Nacional de Adopciones evidencia discriminación

a la familia solicitante, falta de objetividad y falta de aplicación del interés superior del niño, ya que los profesionales que interviene en el proceso de adopción deben prioritariamente tener presente y privilegiar su interés superior y determinar el grado de complejidad que cada caso presenta más aún cuando existe fuertes vínculos afectivos entre el niño protegido con las personas que los pretende adoptar, como ya se argumentó.

Aunado a lo anterior quedo establecido que los accionantes quienes pretenden adoptar a los niños protegidos, manifestaron que su vivienda la destinaron para recibir niños en protección por lo cual constituyeron el Hogar Manos de Compasión, en consecuencia según criterio u opinión del equipo multidisciplinario del Consejo Nacional de Adopciones, también los hijos biológicos tendrían que considerarse que se encuentran institucionalizados, interpretación ilógica e incórrrente porque para todo el entorno familiar, el lugar que actualmente viven es su hogar, en donde se han desarrollado integral y emocionalmente como familia.

Este Tribunal Constitucional de Amparo comparte los argumentos pronunciados por la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público a través de la Agente Fiscal, Abogado Francisco Roberto Azpuru Villela, quien acertadamente hace la acotación tanto en el memorial de evacuación de segunda audiencia y en la vista pública celebrada el veintitrés de octubre de dos mil dieciocho, en la sala de vistas de este tribunal constitucional, de manera escrita como oral, argumentando que el Consejo Nacional de Adopciones no toman en cuenta el artículo 3 de la Convención de Derechos Humanos sobre los Derechos del Niño, no obstante es parte de la normativa en la cual fundamentan el informe circunstanciado presentada ante el Tribunal Constitucional de Amparo, sin embargo no lo aplican ya que en ningún momento se practicó ninguna evaluación psicológica o estudios que consideren o estimen como probables los daños que causarían a los niños (...) y (...) al separarlos de su familia y considerando la Fiscalía que con los documentos aportados por los postulante son suficientes, estima que lo más importante es el interés superior de los niños, el cual no ha sido tomado en cuenta por la autoridad recurrida, existiendo violaciones a normas constitucionales como lo manifiestan los amparistas, como el derecho de igualdad, derecho de adopción, derecho al desarrollo integral de la persona y artículo 20 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, existen agravios, por lo que cumple con los

presupuestos del artículo 10 de la Ley de Amparo, solicitando que se otorgue el amparo, criterio compartido por este Tribunal.

En relación a los argumentos esgrimidos por el representante de la Procuraduría General de la Nación, que en caso de entrarse a conocer la presente acción la misma debe ser suspendido por falta de los requisitos de procedibilidad por falta de agravio, argumento que no es compartido por este Tribunal y en base a lo considerado por la Honorable Corte de Constitucionalidad dentro del expediente cuatro mil quinientos treinta guión dos mil quince, de fecha diez de febrero de dos mil dieciséis, en apelación de sentencia de amparo, en su parte considerativa tres hace referencia a lo siguiente: *“... Con base a lo considerado anteriormente, se establece que los accionantes señalaron como acto reclamado la resolución de dos de julio de dos mil quince por la que les fue rechazada liminarmente la revocatoria instada contra la resolución que declaró improcedente su solicitud de adopción, recurso que de conformidad con lo considerado por este tribunal en los expedientes 3351-20114 y 2443-2014 (sic) es inidóneo; sin embargo, tal como se ha mencionado, el interés superior del niño debe evaluarse dentro de cada caso en especial, atendiendo a los posibles repercusiones que las decisiones tengan sobre los derechos de la niña, por lo que, en el presente caso, esta Corte estima pertinente indicar que, con base en los informes citados, si bien es cierto el acto reclamado como lesivo fue rechazado de forma atinada, también lo es que tal decisión menoscaba los derechos fundamentales de la niña de mérito, puesto que, tal y como consta en los medios de prueba aportados al proceso, existe vínculo familiar entre la niña y los postulantes, razón por la cual es necesario, a efecto de resguardar la integridad de los derechos de la niña, que la decisión que dio origen al acto reclamado se analizara, puesto que la resolución proferida por la Directora General del Consejo Nacional de Adopciones, impide la optimización de los derechos de la menor de edad de poder tener una familia, el cual es el fin del proceso subyacente a la presente acción, así como la protección de todas las demás garantías vulnerables...”*, los fallos referidos son fundamento para conocer la presente acción y tampoco se estima pertinente declarar la suspensión del trámite de la acción de amparo por ausencia de requisito de procedibilidad invocado, puesto que lo que se debe proteger es el interés superior del niño; por lo tanto el apartado resolutivo de la sentencia transcrita es base sustancial para el dictado del presente fallo ya que guarda gran similitud y es aplicable al caso concreto.

En base a lo considerado y por el interés superior del niño proclamado en el artículo 3, 21 de la

Convención sobre los Derechos del Niño, como en el artículo 4 de la Ley de Adopciones, los que ahora juzgamos somos del criterio de otorgar en definitiva la acción Constitucional instada, en consecuencia se deja sin efecto y valor legal alguno la resolución identificada como CNA guión DG guión cero treinta y siete guión dos mil dieciocho (CNA-DG-037-2018) de fecha doce de julio de dos mil dieciocho, emitida por la Dirección General del Consejo Nacional de Adopciones, mediante la cual declaran improcedente rechazar in limine el recurso planteado el catorce de junio de dos mil dieciocho, contra la resolución identificada como CNA guión DG guión FA guión cero veintisiete guión dos mil dieciocho (CNA-DG-FA-027-2018) de fecha veintiuno de mayo de dos mil dieciocho, la cual da origen al agravio causado misma que queda sin efecto y valor legal alguno, debiendo dar la autoridad denunciada exacto cumplimiento a lo establecido en la literal b) del artículo 15 de la Ley de Adopciones, dentro del plazo de cinco días contados a partir de que este firme el presente fallo, e incluyan a los señores (...) y (...) como recurso idóneo para ser tomados en cuenta para la adopción, quienes no necesitan certificado de idoneidad porque han albergado durante muchos años a los niños de mérito, bajo apercibimiento de certificar lo conducente a donde corresponda en caso de incumplimiento; debiéndose continuar con el procedimiento administrativo de Adopción.

Así mismo se le advierte al Director General del Consejo Nacional de Adopciones que en los próximos proceso de adopción debe de velar estrictamente por el interés superior del niño, ya que son varios casos similares en los que no se observa que los profesionales del equipo multidisciplinario establezcan el grado de afectación que podría resultar al separar al niño de la familia abrigante cuando existe un vínculo afectivo muy fuerte entre el niño y los solicitantes.

En cuanto al pago de las costas procesales a la autoridad impugnada y multa al abogado patrocinante, se exime de las mismas, en vista de que este tribunal no advierte mala fe en su actuar y se ha hecho la advertencia referida.

CITA DE LEYES: Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos 203 al 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 107, 141, de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 1, 2, 3, 5, 8, 10, 13, 21, 34, 35, 37, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 47, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

POR TANTO: Este Tribunal Constitucional de Amparo en base a lo considerado y leyes citadas al resolver **DECLARA: I.- Se Otorga** la acción de amparo interpuesta por (...) y (...), en contra del Consejo Nacional de Adopciones a través del Director General, Abogado Carlos Octavio Enríquez Mena; **II.-** En consecuencia se deja sin efecto y valor legal alguno la resolución identificada como CNA guión DG guión cero treinta y siete guión dos mil dieciocho (CNA-DG-037-2018) de fecha doce de julio de dos mil dieciocho, emitida por la Dirección General del Consejo Nacional de Adopciones, mediante la cual declaran improcedente rechazar in limine el recurso planteado el catorce de junio de dos mil dieciocho, contra la resolución identificada como CNA guión DG guión FA guión cero veintisiete guión dos mil dieciocho (CNA-DG-FA-027-2018) de fecha veintiuno de mayo de dos mil dieciocho, la cual es la que da origen al agravio causado misma que queda sin efecto y valor legal alguno, debiendo dar la autoridad denunciada exacto cumplimiento a lo establecido en la literal b) del artículo 15 de la Ley de Adopciones, dentro del plazo de cinco días contados a partir de que este firme el presente fallo, en incluir a los señores (...) y (...) como recurso idóneo para ser tomados en cuenta para la adopción, quienes no necesitan certificado de idoneidad porque han albergado durante muchos años a los niños de mérito, bajo apercibimiento de certificar lo conducente a donde corresponda en caso de incumplimiento, debiéndose continuar con el procedimiento administrativo de Adopción. Así mismo se le advierte al Director General del Consejo Nacional de Adopciones que en los próximos proceso de adopción debe de velar estrictamente por el interés superior del niño, ya que son varios casos similares en los que no se observa que los profesionales del equipo multidisciplinario establezcan el grado de afectación que podría resultar al separar al niño de la familia abrigante cuando existe un vínculo afectivo muy fuerte entre el niño y los solicitantes; **III.-** En cuanto al pago de las costas procesales a la autoridad impugnada y multa al abogado patrocinante, se exime de las mismas, en vista de que este tribunal no advierte mala fe en su actuar y se ha hecho la advertencia referida; **IV.-** Remítase copia certificada del presente fallo a la Honorable Corte de Constitucionalidad; **V.-** Con certificación de lo resuelto al Consejo Nacional de Adopciones para su conocimiento y devuélvase el expediente administrativo que sirvió de antecedente a la presente acción.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Oscar Ruperto Cruz Oliva, Magistrado

Vocal Primero; Jorge Alberto González Barrios, Magistrado Vocal Segundo. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa, Secretario.

14/11/2018 - NIÑEZ Y ADOLESCENCIA - 298-2018

01174-2018-00298 Of. 1° SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Guatemala, catorce de noviembre del año dos mil dieciocho. EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, que resuelve el recurso de Apelación interpuesto por (...), contra la sentencia de fecha diecinueve de julio de dos mil dieciocho, dictada por la Juez Primera del Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana del Departamento de Guatemala.

I. IDENTIFICACION DE LOS NIÑOS PROTEGIDOS:

a) (...), de ocho años de edad, nació el veinte de junio de dos mil diez, hija de (...) y (...), según certificado de nacimiento emitido por el Registro Civil de las Personas del Registro Nacional de las Personas del municipio de San José Pinula, departamento de Guatemala, identificado con código de identificación -CUI- número dos mil ciento veintiséis espacio noventa y un mil novecientos ochenta y ocho espacio cero ciento uno.

b) (...), de siete años de edad, nació el veintisiete de mayo de dos mil once, hijo de (...) y (...), según certificado de nacimiento emitido por el Registro Civil de las Personas del Registro Nacional de las Personas del municipio de San José Pinula, departamento de Guatemala, identificado con código de identificación -CUI- número dos mil doscientos cuarenta y siete espacio once mil ochocientos treinta espacio cero ciento uno.

c) (...), de cuatro años de edad, hijo de (...), según certificado de nacimiento emitido por el Registro Civil de las Personas del Registro Nacional de las Personas del municipio de San José Pinula, departamento de Guatemala, identificado con código de identificación -CUI- número tres mil cuatrocientos cincuenta espacio cero tres mil doscientos cuarenta y uno espacio cero ciento uno.

II.- EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

El Juez de la Causa, en la sentencia recurrida, DECLARÓ: "... LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS (...), (...) Y (...), EN CAUNTO A LA IDENTIDAD, ABUSO EMOCIONAL Y FISICO, por lo que resuelve: I) Se CONFIRMA la declaratoria de responsabilidad de los niños (...), (...) AMBOS DE APELLIDOS (...) y (...), con la tía paterna, la señora (...) con el apoyo del señor (...) para que velen por su cuidado y protección integral, que los niños de mérito continúen recibiendo terapia psicológica, debiendo presentar las constancias respectivas en la próxima audiencia, así como constancia de estudios en el presente ciclo escolar. II) Se ordena a los señores (...) Y (...), culminar el taller de Escuela de Padres y terapia psicológica y en la próxima audiencia presentar las constancias respectivas. III) Se autoriza la convivencia de la señora (...) y los niños en protección, con la supervisión de un profesional de la ASOCIACIÓN PARA LA INTEGRACIÓN FAMILIA -APIF-. IV) se ordena oficiar a APIF, a efecto de que informe a este juzgado en cuanto a los avances de la convivencia ordenada entre la señora (...) y los niños en protección, e indique si están siendo puntual en cuanto a las citas programadas. V) En virtud de lo expuesto en audiencia, se ordena al señor (...), acuda de forma inmediata al Registro Nacional de las Personas -RENAP- a efecto de inscribir al niño (...), debiendo presentar la constancia respectiva; VI) Se señala AUDIENCIA DE VERIFICACION DE LA MEDIDA, PARA EL DÍA VEINTICINCO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECIOCHO A LAS DIEZ HORAS. VII) Las presentes medidas pueden modificarse si las circunstancias de las partes varían. VIII) NOTIFIQUESE...".

III.- DE LA AUDIENCIA ORAL Y PRIVADA: La audiencia oral y privada de segunda instancia, se llevó a cabo el once de diciembre del año dos mil dieciocho a las nueve horas con treinta minutos, en la cual los sujetos procesales hicieron las argumentaciones que consideraron pertinentes.

CONSIDERANDO I

Que uno de los deberes del Estado es garantizar la correcta aplicación de la justicia, mediante la cual se logra el desarrollo integral de la persona, dentro del marco del respeto de las Garantías y Derechos Fundamentales inherentes a las partes y que el derecho de recurrir es una facultad otorgada por la ley adjetiva a las partes, el cual se hace efectivo mediante el Recurso de Apelación; tomando en consideración que es función de este órgano colegiado conocer y resolver los Recursos de Apelación que se interpongan y que la ley

faculta realizar el examen fáctico y jurídico de la sentencia de primera instancia y dictar el fallo que se ajuste a las pretensiones de las partes procesales, garantizando la seguridad en la aplicación de la justicia, obteniendo con ello la paz social.

CONSIDERANDO II

El interponente manifiesta sus agravios y expresa: "... Señores magistrados para hacerles saber mi inconformidad con relación a la sentencia de mérito, ya que me vi en la necesidad de contratar los servicios profesionales de una Licenciada en Psicología, la señorita MILVIA ILEANA PEÑA LOPEZ pero lamentablemente en la sentencia la señora juez ni siquiera la tomó como testigo o como medio de prueba propuesto por mi persona, cuestión que si escuchan el audio de la audiencia definitiva, podrán darse cuenta que ella compareció a dicho acto procesal, hecho que me CAUSA AGRAVIO, ya que ella ha sido la psicóloga contratada por mi persona, para darles terapia a mis hijos desde el inicio de esta carpeta, ya que ellos se han visto inmersos en un mar de violencia propiciado por su progenitora, de hecho la profesional en psicología fue clara y conteste cuando expreso que por el momento no era conveniente que nuestro hijos se relacionaran con su señora madre hasta que la terapia fuera más avanzada, ya que de momento podía ser contraproducente el hecho que ellos se relacionaran con su progenitora. CAUSA AGRAVIO PSICOLÓGICO A MIS HIJOS, ya que ellos han ido avanzando en una terapia la cual les ha permitido perdonar paulatinamente a su progenitora para dar paso a la relación y convivencia con la señora (...), dentro de la sentencia la señora Jueza en la parte resolutoria en el numeral III autorizo la convivencia de la señora (...), y los niños en protección, con la supervisión de una profesional de la Asociación para la Integración Familiar -APIF-. Es por ello que solicito que se dé el lapso que la psicóloga indique para esta convivencia, ya que no quiero que **mis hijos sean afectados**, de hecho ustedes pueden darse cuenta que según los medios de prueba recabados por la Procuraduría General de la Nación, numeral 4) (sic) Informe de estudio Social, de fecha tres de abril de dos 2018 (sic) así mismo el numeral 5) (sic) el informe social de fecha 27 de marzo de 2018 (sic); el numeral 6) del informe del estudio social B y C de fecha 04 de abril de 2018 (sic), todos concluyen en que no constituye la progenitora recurso para el cuidado y protección de los niños y si bien es cierto no se le están entregando los niños para que vivan con la progenitora, por los problemas actuales, solicitaría que se dé más tiempo para iniciar la convivencia, ya que los niños psicológicamente se encuentran en periodo de aceptación y perdón; si bien es cierto la juzgadora no por fuerza se tenía que apegar a las

declaraciones de los niños, si debía de tomarlo en cuenta, ya que cuando ellas los entrevisto, ellos le dijeron que tenían que si mamá volviera a hacerles daño...".

CONSIDERANDO III

Esta Sala jurisdiccional del análisis del recurso de apelación interpuesto y del proceso de primer grado, establece:

De conformidad con el numeral 1 del artículo 3; 9 numerales 1 y 3 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño -Decreto de ratificación número 27-90- y los artículos 5, 11 y 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescente, normativa nacional e internacional que decreta y reconoce que el interés superior del niño debe prevalecer en cualquier resolución judicial, además de velar por evitar la separación del niño, niña o adolescente del seno de su familia, salvo que dicha separación sea necesaria en virtud de su interés superior. El Estado debe proteger a todo niño contra toda forma de descuido, abandono o violencia y fomentar por todos los medios, la estabilidad y bienestar de la familia, como base de la sociedad; crear las condiciones para asegurarle al niño, niña o adolescente la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano y propicio para su desarrollo integral.

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, desarrollan los principios que protegen a los más débiles, contiene reglas de aplicación para las personas que tienen que acceder a la justicia, su objeto es garantizar el acceso efectivo de las personas en condición vulnerable discriminación alguna; para ello los países elaborarán políticas que permitan fomentar la efectividad de las reglas. Consideran que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración con su desarrollo evolutivo.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 47 preceptúa, que al Estado le compete garantizar la protección social y jurídica de la familia y en el artículo 51 garantiza la protección de la salud, física, mental y moral de los menores de edad, porque la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de los miembros que la integran, por lo

tanto se debe fomentar su estabilidad y bienestar. Cuando por situaciones especiales de riesgo en que se encuentran los niños o adolescentes que deban ser separados de uno o ambos progenitores y debido a la gravedad que los efectos que la separación pueda causarles, la medida de separación se aplicará como último recurso, cuidando que se conserven las relaciones familiares y de igual manera se vigilará porque se respete y cumpla con la periodicidad y la duración de las visitas ordenadas, porque el mejor ambiente para que un niño crezca y se desarrolle es el de la familia integrada, todo niño o niña tiene derecho natural a convivir con sus padres, derecho que no puede ser vulnerado por el Estado. Cuando por razones diversas existe desintegración del hogar conyugal, a los jueces les corresponde minimizar los efectos perjudiciales que tales situaciones puedan ocasionar, procurando dentro de lo que fuere posible, evitar revictimizar a los protegidos.

La *aquo* en el numeral romanos I) del fallo impugnado confirmó la declaratoria de responsabilidad de los niños (...), (...) AMBOS DE APELLIDOS (...) y (...) con la tía paterna señora (...) con el apoyo del progenitor señor (...) porque ponderó el interés de los niños de desarrollarse en un ambiente sano y propicio para su formación integral, siendo que ambos padres no son recurso familiar, los integró con familia ampliada provisionalmente, criterio que este tribunal de alzada comparte, puesto que es evidente que el entorno familiar que los recibió y en donde actualmente se encuentran ha sido beneficioso para los niños objeto de protección. En atención al derecho de relacionarse con su progenitora, la juzgadora ordenó en el numeral romanos III) la convivencia familiar, la cual deberá de efectuarse en las instalaciones de la Asociación para la Integración Familiar, mediante sesiones supervisadas por personal especializado, se deberá procurar que la convivencia familiar sean en horarios y días que benefician a los protegidos, al no haber indicado días y horas para la relación, corresponde a los progenitores ponerse de acuerdo en el horario para dar estricto cumplimiento al fallo, disposición que este tribunal de alzada comparte, en atención al derecho que les asiste de relacionarse con sus progenitores para que les brinden el amor que ambos desean proporcionar. Además los progenitores deberán culminar la orientación psicológica y Escuela de Padres, esperando que con el cumplimiento de la orden judicial por ambos padres, mejore el trato de la progenitora hacia sus

hijos protegidos, para que modere las medidas de disciplina y corrección, esperando que sean prudentes y que no vulneren su integridad física y psicológica. Las resoluciones se dictan en beneficio e interés de la niñez evitando que prevalezcan las pretensiones, voluntades y ventajas de los padres, en consecuencia no se acoge la acción intentada y se confirma el fallo venido en grado.

CITA DE LEYES: Los citados y 1, 2, 3, 12, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 116, 128 al 130 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; 3, 9, 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 9, 51, 52, 71, 86, 87, 88, 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala con base en lo considerado y leyes citadas al resolver **DECLARA:** I.- Sin lugar el recurso de apelación presentado; II.- En consecuencia se confirma la sentencia venida en grado; III.- Con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al juzgado de origen. Notifíquese.

Sonia Doradea Guerra de Mejía, Magistrada Presidenta; Miguel Ángel Giordano Navarro, Magistrado Vocal Primero; Alejandro Marroquín Ariza, Magistrado Vocal Segundo; Wiland Avil'y Barrios Calderón, Héctor Clemente Marroquín Marroquin, Oficiales Testigos de Asistencia.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE

10/10/2017 - PENAL
59-2017

SALA SEGUNDA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE; GUATEMALA. diez de octubre de dos mil diecisiete.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se pronuncia **SENTENCIA** en virtud del Recurso de **APELACIÓN ESPECIAL, POR MOTIVO DE FORMA**, interpuesto por los procesados **JUAN PABLO MORALES MIJANGOS y JERSON OSWALDO CRUZ LÓPEZ**, con el auxilio del Abogado Defensor Público **REYES OVIDIO GIRÓN VÁSQUEZ**, en contra de la sentencia de fecha veintiocho de febrero de dos mil diecisiete, proferida por el Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra El Ambiente del departamento de Guatemala. En el proceso que por los delitos de: **ASESINATO y PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS** se sigue en contra de **JUAN PABLO MORALES MIJANGOS**; y por el delito de **ASESINATO** se sigue en contra de **JERSON OSWALDO CRUZ LÓPEZ**.

Los procesados antes mencionados son de generales ya conocidas e ya conocidas en autos.

La defensa de los procesados **JUAN PABLO MORALES MIJANGOS y JERSON OSWALDO CRUZ LÓPEZ**, está a cargo del Abogado Defensor Público **REYES OVIDIO GIRÓN VÁSQUEZ**

La acusación la dirige el Ministerio Público, a través **EL MINISTERIO PÚBLICO**, a través de la Fiscal Especial **SILVIA PATRICIA LOPEZ CARCAMO**.

DEL HECHO ATRIBUIDO: A los procesados se les señaló el hecho contenido en el memorial de solicitud de apertura a juicio y formulación de acusación.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, en sentencia de fecha veintiocho de febrero de dos mil diecisiete, declara: I. Que los acusados **JUAN PABLO MORALES MIJANGOS y JERSON OSWALDO CRUZ LOPEZ**, son autores responsables del delito de **ASESINATO** cometido en contra de la vida y la integridad de Arturo Cac Ché. II. Que por tal ilícito penal, se les impone a cada uno de los procesados, **JUAN PABLO MORALES MIJANGOS y JERSON OSWALDO CRUZ LOPEZ**, la pena de **VEINTICINCO AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES**, pena que deberán cumplir en el Centro de Ejecución que designe el Juez de Ejecución competente, con abono de la efectivamente padecida. III. Por el delito de **PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS**, se le impone a **JUAN PABLO MORALES MIJANGOS**, la penal de **OCHO AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES**,

que en concurso real hacen un total de **TREINTA Y TRES AÑOS DE PRISIÓN**. IV. Se suspende a los procesados en el ejercicio de sus derechos políticos por el tiempo que dure la condena, oficiándose para el efecto a la entidad correspondiente; V)...”.

DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN: fue interpuesto por los procesados **JUAN PABLO MORALES MIJANGOS y JERSON OSWALDO CRUZ LÓPEZ**, con el auxilio del Abogado Defensor Público **REYES OVIDIO GIRÓN VÁSQUEZ**.

DE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO: Fueron declarados admisibles formalmente con fecha **VEINTICUATRO DE MARZO DE DOS MIL DIECISIETE**. **DE LA AUDIENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**: Para la audiencia oral y pública de Segunda Instancia, se señaló el día **VEINTISIETE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE A LAS ONCE HORAS**, audiencia que no se llevó a cabo, ya que las partes reemplazaron su participación por escrito.

DE LA DELIBERACIÓN Y LECTURA DE SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA: Para la deliberación y lectura de la sentencia se señaló la audiencia del **DIEZ DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECISIETE**, a las **DOCE HORAS CON TREINTA MINUTOS**.

CONSIDERANDO

- I -

De conformidad con la ley procesal penal vigente, el tribunal de apelación especial conocerá solamente de los puntos de la sentencia impugnada expresamente en el recurso, siempre que ésta sea susceptible de ser atacada en dicha vía. Asimismo, el recurso de apelación especial garantiza la legalidad y justicia de las sentencias emitidas por los órganos preestablecidos por la ley, entre otros, los Tribunales de Sentencia.

Así también, el ordenamiento procesal penal guatemalteco, regula y estructura, el recurso de apelación especial, el cual se dirige al ataque de dos tipos de errores que, eventualmente, pueden incurrir los Tribunales de Sentencia en el ejercicio de su función de juzgar. Dichos errores pueden ser vicios de fondo o in iudicando y vicios de forma o in procedendo. Los primeros tienen su origen cuando medie error al calificar los hechos acreditados del proceso o en la elección de la norma que les fuere

aplicable, ello significa no cumplir con el contenido de la ley sustantiva. Ahora, el segundo vicio tiene lugar cuando constituya una infracción a las formas de actuar del Tribunal de Sentencia en el proceso.

-II-

Los acusados **JUAN PABLO MORALES MIJANGOS Y JERSON OSWALDO CRUZ LÓPEZ**, interpusieron recurso de apelación especial por motivo de forma e invocaron como sub motivo la inobservancia del artículo 11 Bis del Código Procesal Penal y en ese sentido en síntesis argumentó: “que el tribunal de la causa inobservó el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, en lo que dice en lo conducente: Los autos y las sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma. Toda resolución judicial carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa y de la acción penal. En ese sentido manifiestan los apelantes que lo que exponen los jueces en cinco líneas y muchas frases repetidas no es fundamento ni siquiera intentó porqué hay ausencia por completo del mismo, pues debieron argumentar suficientemente su decisión para el efecto, por lo que no llena los requisitos el fallo, esa ausencia de motivación al no concederle el respectivo razonamiento a las deposiciones de los declarantes, es porque hay falencia en la sentencia, ya que no mencionan el lugar, la forma y la hora, el día mes y año en que se realizó la ofensa ni las capturas, Los jueces de sentencia tenían que decirlo porque en la sentencia impugnada, no aparece la apreciación que dejó en los mismos o sea en el sentido de los juzgadores no lo consignaron por escrito, solo quedó en sus mentes, eso es precisamente lo que se recurre porque no lo hicieron y es por eso que, faltó en el fallo uno de los elementos esenciales que integran esa fundamentación, como es, la parte intelectual que es la que deben consignar los juzgadores. Así mismo no puede dejarse en la imaginación del apelante que complete la motivación de la resolución leyendo lo que dijo en esa declaración el testigo, porque al no hacerlo el tribunal es porque en la doctrina se cumple lo que se denomina pereza procesal. Concluyen los apelantes que el agravio que se les causó es precisamente que no se fundamentó la prueba producida durante el debate tal y como lo establece el procedimiento penal guatemalteco, en consecuencia solicitan que se haga dicha valoración en la forma correcta por lo que es necesario acoger el recurso de apelación especial ordenando su reenvío”.

Del análisis del argumento esgrimido, en cuanto a este único submotivo de forma invocado, damos

respuesta a los apelantes de la forma siguiente: en el presente caso los acusados Juan Pablo Morales Mijangos y Jerson Oswaldo Cruz López, fueron juzgados y condenados por el delito de Asesinato y se les impuso la pena de prisión de veinticinco años de prisión incommutables, Por otro lado el acusado Juan Pablo Morales Mijangos fue acusado y condenado por el delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas y se le impuso la pena de ocho años de prisión incommutables que en concurso real hacen un total de treinta y tres años de prisión incommutables por lo que constituye punto toral el apartado del documento sentencial denominado IV.- “DE LOS RAZONAMIENTOS QUE INDUCEN A CONDENAR. no se advierte que en la sentencia pronunciada fuera inobservado el requisito formal de fundamentación, porque dicho acto jurisdiccional explica las razones del por qué se concedió valor probatorio a la prueba recibida en la audiencia de debate consistente en Prueba pericial vertida por los peritos balísticos y dictámenes correspondientes de Francisco Javier Mejía Milián, Mirza Eunice Ramos Portillo, Luis Israel Velásquez Apxuac y Ervin Estuardo Alvarez Ortiz, así como a la declaración de los testigos miembros de Policía Nacional Civil Francisco Alejandro Pérez Guerra y Wilmer Oswaldo Pérez Grijalva, Elfin Nemesio Quiroa Carreto, José Antonio Coronado Felix, Edwin Jeovany López y Gustavo Adolfo Guerrero Marroquín y deposiciones testimoniales de los señores Emilio Cac Ché y Eusebio Lem Morán, así como a la prueba documental pertinente y útil que se le confirió valor probatorio.

De lo anterior, se advierte que los jueces del Tribunal a quo, explicaron de manera clara, sencilla y concisa, el por qué concedieron valor probatorio a los órganos de prueba en mención, toda vez que la prueba aportada por el ente investigador y diligenciada en el debate está entrelazada entre sí por ser coherentes y no contradictorios los órganos de prueba relacionados lo que determinó la naturaleza del fallo impugnado.

Así las cosas con Los órganos de prueba en mención, se determinó en la forma debida la participación de los acusados en los hechos que se les atribuyeron, en virtud que existe prueba directa o que determina en todo caso la participación de sus personas en los hechos descritos en la plataforma fáctica, lo cual se logra comprender fácilmente por la forma en que el tribunal a quo, sustentó el fallo impugnado dando una explicación clara, sencilla y concisa del porqué profirió una sentencia condenatoria como se puede comprobar por simple lectura.

Para concluir estimamos que con el análisis comparativo descrito y argumentos expuestos, se evidencia que los integrantes del Tribunal de Sentencia, explicaron a las partes y, en especial, a los apelantes las razones por las que concedió valor a los órganos de prueba relacionados en la audiencia de debate, explicaciones que observan el requisito formal de fundamentación, contenido en el artículo citado como infringido 11 Bis del Código Procesal Penal, siendo las mismas claras, concisas y suficientes, tal como se comprueba de los párrafos anteriores, no adoleciendo la sentencia del vicio denunciado de carencia de fundamentación. Ahora, si bien el tribunal de sentencia no se expresó de la forma que pretendían el apelante en la sentencia, en cuanto a la fundamentación probatoria, fáctica y jurídica, ello no significa que carezca de argumentos la decisión, ya que los mismos son suficientes para cumplir, como ya se indicó, con la exigencia del artículo citado como inobservado. En efecto, se considera argumentada la decisión, cuando está apoyada en razones que permiten conocer el criterio jurídico esencial que la fundamenta. A la vista de ello, no debe acogerse el recurso interpuesto por el submotivo invocado y agravio denunciado.

LEYES APLICABLES

Artículos: 1o, 2o, 3o, 4o, 12, 17, 203, 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 7 y 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 1, 2, 10, 35 36 y 65 del Código Penal; 1, 2, 4, y 22 de la Ley de Armas y Municiones; 1, 2, 3, 4, 5, 11, 11 Bis, 20, 48, 49, 160, 162, 165, 166, 167, 169, 186, 385, 389, 394, 398, 399, 401, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 425, 427, 429, 430, 432, 433 434 del Código Procesal Penal; 9, 10; 88 inciso b), 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO

Esta Sala, en base a lo considerado y leyes citadas por UNANIMIDAD, **RESUELVE: I) NO ACOGE** el recurso de apelación especial por motivo de FORMA, interpuesto por los acusados **JUAN PABLO MORALES MIJANGOS Y JERSON OSWALDO CRUZ LÓPEZ**, con el auxilio del Abogado Defensor Público **REYES OVIDIO GIRÓN VÁSQUEZ**, en contra de la sentencia de fecha **VEINTIOCHO DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISIETE**, dictada por el Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio y departamento de Guatemala, queda incólume la sentencia apelada en cada uno de sus puntos. II) La lectura del presente

fallo, servirá de legal notificación a las partes, debiendo entregarse copia a quien lo solicite; III) Con certificación de lo resuelto y en su oportunidad vuelvan los antecedentes al tribunal de origen para los efectos consiguientes.

Gustavo Adolfo Dubón Gálvez, Magistrado Presidente, Roaldo Isaías Chávez Pérez, Magistrado Vocal Primero; Eduardo Galván Casasola, Magistrado Vocal Segundo. Sara Maritza Méndes Solís de Tager. Secretaria.

17/10/2017 - PENAL
147-2017

SALA SEGUNDA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE; GUATEMALA, DIECISIETE DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECISIETE.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, se pronuncia **SENTENCIA** en virtud de Recurso de Apelación Especial por motivo de FONDO, interpuesto por los procesados **BRANDON GEOVANNY HERNANDEZ CRUZ Y RICAR ALEXANDER HERNANDEZ CRUZ** en contra de la sentencia de fecha dieciséis de mayo de dos mil diecisiete, proferida por el Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, dentro del proceso arriba identificado, que por el delito de Robo de Equipo Terminal Móvil, que se instruye en contra de los procesados.

Los procesados antes mencionados son de generales ya conocidas en autos.

La defensa de los procesados está a cargo del Abogado del Instituto de la Defensa Pública Penal, Reyes Ovidio Girón Vásquez.

La acusación la dirige el **MINISTERIO PÚBLICO**, por medio del Agente Fiscal, Abogado Erick Fernando Galván Ramazzini.

Querellante Adhesivo: no hay.

DEL HECHO ATRIBUIDO: A los procesados se le señaló el hecho contenido en el memorial de solicitud de apertura a juicio y formulación de acusación.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad

y Delitos Contra el Ambiente, en sentencia de fecha dieciséis de mayo de dos mil diecisiete, que DECLARÓ: "...I. Que RICHA ALEXANDER HERNANDEZ CRUZ y BRANDON GEOVANNY HERNANDEZ CRUZ, son autores responsables del delito consumado de ROBO DE EQUIPO TERMINAL MÓVIL cometido en contra del patrimonio de Juan Fernando Santiago Santiago. II. Que por la comisión de tal ilícito penal, se les impone a cada uno, la pena mínima de SEIS AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLE, de conformidad con los artículos 50 y 51 del Código Penal, pena que deberán cumplir en el centro de detención que designe el Juez de Ejecución competente con abono de la prisión ya sufrida. III. Se suspende a los condenados en el ejercicio de sus derechos políticos por el tiempo que dure la condena, oficiándose para el efecto a la entidad correspondiente. IV. Se ordena la expulsión del país del señor RICHA ALEXANDER HERNANDEZ CRUZ, posteriormente a cumplir su condena, con base en lo considerado; V. Se exime a los procesados al pago de las costas procesales por lo ya analizado. VI No se hace pronunciamiento sobre Responsabilidades Civiles por no haberse ejercitado la acción civil en el proceso penal, dejando expedita la vía legal correspondiente. VII. Se ordena al Ministerio Público LA DEVOLUCIÓN de la prueba material consistente en un teléfono celular de color negro, marca LG, IMEI trescientos cincuenta y dos billones doscientos cincuenta mil cincuenta millones trescientos setenta y seis mil seiscientos veintiocho (352250050376628), batería y tapadera a su legítimo poseedor Juan Fernando Santiago Santiago, al estar firme el presente fallo, dando al agraviado un plazo de tres meses para reclamar su devolución, caso contrario, se ordena al Ministerio Público, LA DESTRUCCIÓN de dicha prueba material, que no haya sido devuelta; así mismo, se ordena LA DESTRUCCIÓN de la evidencia material consistente en un teléfono celular de color negro, marca motorola, batería y tapadera, por no acreditarse su propiedad. VIII. Encontrándose los acusados guardando prisión preventiva, se les deja en la misma situación jurídica, mientras el fallo cause firmeza. IX. Remítase las actuaciones al Juez de Ejecución competente, al causar firmeza la presente sentencia. X. Léase íntegra la presente sentencia a los sujetos procesales, con lo cual quedan legalmente notificados".

DE LA INTERPOSICIÓN DE LA APELACIÓN: El Recurso de Apelación Especial fue planteado por los procesados BRANDON GEOVANNY HERNANDEZ CRUZ Y RICHA ALEXANDER HERNANDEZ CRUZ por motivo de FONDO.

DE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO: El Recurso de Apelación Especial, fue declarado admisible formalmente con fecha SIETE DE JUNIO DE DOS MIL DIECISIETE.

DE LA AUDIENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA: Para la audiencia oral y pública de Segunda Instancia, se señaló el CUATRO DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECISIETE, a las DIEZ HORAS, audiencia que no se llevó a cabo en virtud de que todos los sujetos procesales reemplazaron su participación por medio de escritos.

DE LA DELIBERACIÓN Y LECTURA DE SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA: Para la deliberación y lectura de la sentencia se señaló la audiencia del DIECISIETE DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECISIETE, A LAS DOCE HORAS.

CONSIDERANDO

-I-

De conformidad con la ley procesal penal vigente, el Tribunal de Apelación Especial conocerá solamente de los puntos de la sentencia impugnada expresamente en el recurso, siempre que ésta sea susceptible de ser atacada en dicha vía. Asimismo, el recurso de apelación especial garantiza la legalidad y justicia de las sentencias emitidas por los órganos preestablecidos por la ley, entre otros, los Tribunales de Sentencia.

-II-

Los sentenciados BRANDON GEOVANNY HERNANDEZ CRUZ Y RICHA ALEXANDER HERNANDEZ CRUZ, interpusieron recurso de apelación especial por motivo de fondo; en el primero y único submotivo invocan errónea aplicación de los artículos 10, 13 y 281 del Código Penal e inobservancia de los artículos 14 y 63 del Código Penal, en relación con el artículo 21 de la Ley de Equipos Terminales Móviles. Siendo el caso de procedencia el artículo 419 numeral 1) del Código Procesal Penal.

El apelante en su parte conducente argumenta de la siguiente forma: "Lo interponemos los procesados, RICHA ALEXANDER HERNANDEZ CRUZ Y BRANDON GEOVANNY HERNANDEZ CRUZ, por errónea aplicación de la ley sustantiva penal, al haber sido culpados y penados por el delito de consumado de Robo de equipo terminal móvil, no obstante que, y sin alterar la acusación ni incursionar

en la valoración de los medios de prueba, debió de considerarse la tipificación de dicho punible en el grado de tentativa... ARGUMENTACIÓN DEL AGRAVIO: El fallo decisorio recurrido y que me causa agravio es el proferido por el Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Guatemala al aplicar erróneamente la ley sustantiva penal, toda vez que encuadra en el delito de Robo de equipo terminal móvil, conforme lo que determinan los artículos 10 (relación de causalidad) 13 (delito consumado) y 281 (momento consumativo) del Código Penal, sin advertirse que el mismo de conformidad con la ley, se tendrá por consumado en el momento en que se tenga el bien bajo control, después de haberse realizado la aprehensión y el desplazamiento respectivo, aun cuando sea desapoderado de él (artículo 281 del Código Penal), o sea que en todo caso, el acto material que se nos incrimina se consuma sólo hasta que se dé el respectivo desplazamiento. Lo anterior implica en todo caso y conforme a derecho, que la participación que se nos endilga debe de aplicarse en el grado de tentativa, haciendo aplicación correcta de los artículos 14, 63 y 281 del Código Penal... La doctrina en relación al momento consumativo de los delitos patrimoniales ha determinado varias teorías en relación al “apoderamiento” o en el “desapoderamiento”, como la “amotio” (remoción de una cosa, moverla de su sitio normal o posesión precedente para apoderarse de la misma), la “illatio” (el logro del ladrón de poner la cosa a buen resguardo), “ablatio rei” (traslado de la cosa o alejamiento de la cosa hurtada de la custodia de la víctima), la “apprehensio rei” (simple captación material del objeto o cosa), la “locupletatio” (aprovechamiento de la cosa por parte del sujeto agente) o “contrectatio o attractatio” (hace hincapié en el mero tocamiento de la cosa), nuestra legislación en el artículo 281 del Código Penal se basa en la teoría del illatio... Al respecto el autor Carlos Creus indica que el término de “apoderamiento” se construye en base a un concepto compuesto, objetivo y subjetivo. El aspecto subjetivo, implica que el agente tiene la voluntad de someter el bien objeto de delito a su poder de disposición; mientras que “objetivamente requiere, en primer lugar, el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, lo cual implica quitarla de la llamada esfera de custodia, que no es otra cosa que la esfera dentro de la que el tenedor puede disponer de ella; no se trata pues de una noción necesariamente referida a un determinado lugar, sino a una determinada situación de la cosa, que permite el ejercicio del poder de disposición de ella: hay desapoderamiento cuando la acción del agente, al quitar la cosa de

aquellas esfera de custodia, impide que el tenedor ejerza sobre la misma sus poderes de disposición”; y continúa señalando que “justamente esa posibilidad de disposición es lo que define la esfera de custodia, que se extiende hasta donde el tenedor pueda hacer efectivas sus facultades sobre la cosa...”... De la lectura de la sentencia, se desprende como hechos acreditados (página 5 de la sentencia): Que el motivo de la aprehensión de los procesados se debió a que el agraviado solicita auxilio a los agentes de Policía Nacional Civil que se encuentran por el lugar... 1. Que los agentes de Policía Nacional Civil nos detuvieron en la trece calle y Avenida Elena de la zona tres de esta ciudad ya que fuimos reconocidos por el agraviado; 1. Que el ilícito fue cometido cuando el agraviado caminaba el día de la aprehensión por la trece calle y primera avenida de la zona uno de esta Ciudad;.. El agraviado declaró en página número nueve de la sentencia, QUE EL ASALTO FUE COMO A LAS SIETE CON TREINTA Y CINCO MINUTOS, POR LA TRECE CALLE Y SEGUNDA AVENIDA NO RECORDANDO BIEN LA DIRECCIÓN Y SI ES ZONA UNO, NO LOS AMENAZARON CON ARMA, SE DIO CUENTA CUANDO LOS POLICÍAS LOS AGARARON, LOS REGISTRARON Y LES ENCONTRARON LOS TELÉFONOS, TAMBIÉN VIO CUANDO LOS AGENTES LOS APREHENDIERON Y LUEGO LOS ACOMPAÑO A LA TORRE DE TRIBUNALES. Esta declaración del agraviado fue valorada por el Tribunal sentenciador y con la misma se acredita, que nunca tuvimos el bien bajo nuestro control, ya que conforme a lo acreditado en el debate, fuimos detenidos instantes después de haber sucedió los hechos, a poca distancia del lugar donde ocurrieron los hechos, y como consecuencia nunca existió control de nuestra parte sobre el bien objeto del delito y por ello concurre la tentativa ya que ocurrieron actos exteriores idóneos y no se consumó el delito por causas independientes de la voluntad del agente... La jueza sentenciador en páginas veintidós de la sentencia argumentó: LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO: La trece calle y primera avenida de la zona uno, tal como se demuestra con el mapa catastral rendido pro la división de catastro de la municipalidad de Guatemala, de fecha veintiséis de octubre de dos mil dieciséis, habiendo hecho la aclaración EN CUANTO A LA CONFUSIÓN QUE TIENDE A DAR LA SEPARACIÓN DE LA AVENIDA ELENA, PUES DE UNA LADO FINALIZA LA ZONA TRES Y DEL OTRO LADO INICIA LA ZONA UNA; Así las cosas es evidente que nunca tuvimos el control sobre el bien mueble (equipo móvil) ya que fuimos capturados enfrente de lugar del despojo, es decir

en la trece calle y avenida Elena de la zona tres y el despojo ocurre en la TRECE CALLE Y PRIMERA AVENIDA DE LA ZONA UNO, es decir a pocos metros de donde nos detienen, POR ELLO NUNCA TUVIMOS EL CONTROL DEL BIEN despojado y concurre tentativa en nuestro actuar. Todo ello integra elementos importantes para que el Tribunal de alzada acoja el recurso con base en la errónea aplicación de la ley y resuelva en definitiva anulando el fallo dictando nueva sentencia conforme a derecho corresponde en atención a los argumentos que esgrimimos o sea considerando la aplicabilidad del grado de tentativa en todo caso, ello, conforme la potestad que le otorga el artículo 431 del Código Procesal Penal...”.

Previo realizar el estudio de rigor, esta Sala considera que el error in iudicando o motivo de fondo, concurre cuando en el fallo el Tribunal Sentenciador aplica de manera incorrecta el derecho penal material o de manera indebida el derecho sustantivo, dando lugar a la inobservancia o errónea aplicación de la ley; asimismo, al plantearse el recurso de apelación especial por motivo de fondo, los hechos acreditados por el tribunal, son aceptados por el recurrente, por lo que, el vicio que se denuncia por motivo de fondo, debe radicar esencialmente en el encuadramiento legal del hecho en la norma material sustantiva. En base a estas consideraciones y al poner en congruencia los argumentos y agravio denunciados por el recurrente y la sentencia de mérito, esta Sala estima que resulta improsperable el recurso promovido, toda vez que la Ley de Equipos Terminales Móviles en su artículo 21 en su parte conducente establece que: “ROBO DE EQUIPO TERMINAL MOVIL. La persona que sin la autorización debida y con violencia tomare un equipo terminal móvil será sancionado...” . Quien sin la debida autorización y con violencia anterior, simultánea o posterior a la aprehensión, tomare cosa mueble, total o parcialmente ajena...”. El artículo 281 del Código Penal en su parte conducente establece que: “... MOMENTO CONSUMATIVO. Los delitos de hurto, robo, estafa, en su caso apropiación irregular, se tendrán por consumados en el momento en que el delincuente tenga el bien bajo su control, después de haber realizado la aprehensión y el desplazamiento respectivo, aun cuando lo abandonare o lo desapoderare de él...”. Estos son tipos penales que están configurados dentro de los delitos cometidos contra el patrimonio, cuyo bien jurídico protegido directamente es la posesión. El elemento objetivo es la cosa ajena sobre la que recae la acción del sujeto activo; en el presente caso en particular se entiende por ajeno

“el teléfono celular o equipo terminal móvil” que no es propiedad del sujeto activo del delito, en este caso de los sentenciados RICAR ALEXANDER HERNANDEZ CRUZ y BRANDON GEOVANNY HERNANDEZ CRUZ. El elemento subjetivo es el ánimo de lucro, que no es más que la intención de apropiarse de la cosa, en beneficio del sujeto activo o de un tercero. Se consuma inmediatamente cuando se efectúa la sustracción del bien, con el uso de violencia o amenaza, sin importar que el provecho se haya conseguido o no, de conformidad con el último artículo descrito (281). Dicha norma contempla la teoría del ablatio, que consiste en sacar la cosa de la esfera de custodia, vigilancia o de la actividad del tenedor. Razón por la cual, quedó acreditado que los hechos desplegados por los hoy apelantes, se subsumen en el delito de robo de equipo terminal móvil en el grado de consumado, toda vez que no existieron actos exteriores, idóneos que impidieran la consumación del delito, debido a que el mismo despojó con violencia y sin la debida autorización del bien mueble (teléfono celular) al agraviado JUAN FERNANDO SANTIAGO SANTIAGO. Pues, el a quo, dio por acreditado que RICAR ALEXANDER HERNANDEZ CRUZ y BRANDON GEOVANNY HERNANDEZ CRUZ, fueron aprehendidos con fecha nueve de octubre de dos mil dieciséis, siendo aproximadamente las siete horas con cuarenta minutos, en la trece calle y Avenida Elena de la zona tres de la ciudad de Guatemala, en virtud que BRANDON GEOVANNY HERNANDEZ CRUZ en compañía de RICAR ALEXANDER HERNANDEZ CRUZ amenazararon a Juan Fernando Santiago Santiago quien es una persona menor de edad, a quien su acompañante le exige que le entregue sus pertenencias, en ese momento el menor por temor a ser agredido le hace entrega a su acompañante del equipo terminal móvil (teléfono celular), y ya atendiendo el teléfono celular bajo su control y dominio se da a la fuga, inmediatamente el agraviado le pide auxilio a los Agentes de la Policía Nacional, quienes los capturan y le encontraron BRANDON GEOVANNY HERNANDEZ CRUZ y a RICAR ALEXANDER HERNANDEZ CRUZ el equipo terminal móvil que fue objeto del ilícito ya descrito, (páginas 5 y 6 del documento seantencial). Los apelantes aducen dentro de su argumentación, que en ningún momento tuvieron bajo su control el bien antes descrito por que no existió desplazamiento alguno. Al respecto, esta Sala considera que este argumento es inconsistente, puesto que confunde el desplazamiento corporal de su persona con el desplazamiento del bien mueble ajeno que le fue despojado a la víctima. Pues, el artículo 281, es enfático en indicar que el delito de robo se tiene

por consumado a partir del momento en que el delincuente tenga el bien bajo su control, entonces, el desplazamiento de la huida no es determinante, sino que el desapoderamiento del teléfono celular propiedad de la víctima. Otro aspecto a tomar en cuenta es el hecho de que los hoy apelantes tuvieron el dominio del hecho. Criterio este compartido con la sentencia de Casación de la Cámara Penal del Corte Suprema de Justicia, de fecha cuatro de abril de dos mil doce, dentro del expediente número un mil noventa y nueve guión dos mil doce (1099-2012). Por lo anteriormente indicado, esta Sala considera que el a quo no inobserva las normas sustantivas penales indicadas por el apelante. En consecuencia, tomando en cuenta que los hechos se tienen por acreditados con los medios de prueba producidos y recibidos durante el debate, valorados positivamente para condenar, son circunstancias que permiten establecer una relación de causalidad entre el accionar de los hoy apelantes y el resultado querido, siendo su conducta subsumida dentro de los artículos 10, 11, 13 y 252 del Código Penal.

Por lo antes considerado, no debe acogerse el recurso por el motivo de fondo invocado.

LEYES APLICABLES

Artículos citados y: 1, 2, 3, 4, 10, 12, 14, 17, 19, 23, 38, 44, 46, 203, 204, 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 y 9 de la Convención americana sobre Derechos Humanos; 1, 10, 13, 14, 19, 24, 36, 63, 65 del Código Penal; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 11 Bis, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 24, 24 Bis, 37, 38, 39, 40, 43, 48, 49, 120, 160, 162, 165, 166, 167, 169, 181, 182, 186, 309, 385, 394, 398, 399, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 423, 425, 427, 429, 430, 431 del Código Procesal Penal; 88 literal b), 141 y 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO

Esta Sala, con base en lo considerado y leyes citadas por Unanimidad, **RESUELVE:** I) **NO ACOGER** el recurso de Apelación Especial por motivo de FONDO, interpuesto por los procesados BRANDON GEOVANNY HERNANDEZ CRUZ Y RICAR ALEXANDER HERNANDEZ CRUZ, en contra de la sentencia de fecha dieciséis de mayo de dos mil diecisiete, emitida por el Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, en consecuencia, queda incólume la sentencia impugnada; II) La lectura de la presente sentencia, servirá de legal notificación a las partes, debiendo entregarse copia a quien lo solicite; III) Con

certificación de lo resuelto, vuelvan los antecedentes al tribunal de origen.

Gustavo Adolfo Dubón Gálvez, Magistrado Presidente, Roaldo Isaías Chávez Pérez, Magistrado Vocal Primero; Eduardo Galván Casasola, Magistrado Vocal Segundo. Sara Maritza Méndez Solís de Tager. Secretaria.

SALA CUARTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE

11/07/2018 - PENAL
16-2018

SALA CUARTA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, once de julio del año dos mil dieciocho.

I) En vista del acuerdo número siete mil quinientos ochenta y cuatro guión dos mil dieciocho (7584-2018), esta Sala se integra con los suscritos. II) **EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**, se procede a dictar sentencia de segundo grado, para resolver **recurso de Apelación Especial por motivos de Forma y de Fondo promovido por el procesado José Cristóbal Pivaral Gutiérrez, auxiliado por el licenciado Juan Luis Soto Monterroso, abogado defensor, en contra de la resolución de fecha dieciocho de octubre del año dos mil diecisiete**, dentro del proceso arriba identificado, **dictada por el Abogado Edwin Augusto Vela Castañeda, Juez Unipersonal del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, del municipio de Villa Nueva, departamento de Guatemala**, dentro del juicio oral y público seguido en contra de José Cristóbal Pivaral Gutiérrez, por el delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas.

I. IDENTIFICACION DE LOS SUJETOS PROCESALES:

PROCESADO: José Cristóbal Pivaral Gutiérrez, quien dijo ser de veinticuatro años de edad, unido, taxista, guatemalteco, originario y residente en la

colonia Los Angeles, lote quince, manzana “L”, zona veinticinco, kilómetro diez punto cinco, carretera al Atlántico, municipio y departamento de Guatemala, actuó bajo la dirección y procuración del licenciado Juan Luis Soto Monterroso, abogado defensor, quien señaló como lugar para recibir notificaciones en la novena avenida, trece guión cincuenta y ocho, zona uno, del municipio y departamento de Guatemala; **MINISTERIO PÚBLICO:** Quien actuó por medio de su agente fiscal asignada Olga Azucena Martínez Domínguez, quien señaló como lugar para recibir notificaciones en la octava calle, tres guión setenta y tres, zona uno, segundo piso, ciudad de Guatemala, comunicaciones al correo electrónico impugnaciones@mp.gob.gt y a los números de teléfono veintidós dos millones doscientos cinco mil ciento ochenta y nueve (22205189) al noventa y uno (91); **QUERELLANTE ADHESIVO y TERCERO CIVILMENTE DEMANDADO:** No Hay.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

“...Este Juzgador con fundamento en lo analizado... UNIPERSONALMENTE RESUELVE: I. Que el acusado JOSÉ CRISTOBAL PIVARAL GUTIÉRREZ, es autor responsable del delito de PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS, cometido en contra de la Tranquilidad Pública, la Paz Social y el Bien Común. II. Que por tal infracción a la Ley Penal, se le impone al sindicado JOSÉ CRISTOBAL PIVARAL GUTIÉRREZ, la pena de OCHO (8) AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES, pena que deberá cumplir en el centro de cumplimiento de condenas que designe el Juez de Ejecución competente, con abono de la prisión ya padecida...”.

III: DE LOS PUNTOS DE LA SENTENCIA QUE SE IMPUGNAN: El apelante impugna el numeral romanos “I) y II)” de la parte resolutive de la sentencia impugnada.

IV. DEL HECHO ATRIBUIDO: Al procesado, se le atribuye el hecho, contenido en el memorial presentado en su oportunidad por el Ministerio Público, en el cual solicita la apertura a juicio penal y formula acusación en su contra.

V. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN: El procesado José Cristóbal Pivaral Gutiérrez, auxiliado por el licenciado Juan Luis Soto Monterroso, abogado defensor, plantea recurso de apelación especial por Motivo de Forma, i) como primer submotivo: inobservancia del artículo 186 in fine, relacionado con los artículos 385 y 394 en su numeral 3, todos del Código Procesal Penal; ii) como

segundo submotivo: inobservancia del artículo 5 del Código Procesal Penal, relacionado con los artículos 12 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala; y por Motivo de Fondo, señalando como único submotivo la inobservancia del artículo 10, en relación al artículo 1 ambos del Código Penal.

VI. DE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO:

El recurso de Apelación Especial fue declarado admisible formalmente en resolución de fecha treinta de enero del año dos mil dieciocho.

VII. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA:

La audiencia del debate fue fijada para el día veintisiete de junio del año dos mil dieciocho, a las once horas. El procesado José Cristóbal Pivaral Gutiérrez, juntamente con el licenciado Juan Luis Soto Monterroso, abogado defensor, y el Ministerio Público por medio de su agente fiscal asignado, reemplazaron su participación por escrito. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día once de julio del año dos mil dieciocho, a las catorce horas con treinta minutos.

CONSIDERANDO: -I-

La Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza que la defensa de la persona y de sus derechos que le son inherentes son inviolables, de tal manera que las garantías Judiciales, enmarcadas dentro de lo que se conoce como debido proceso legal, se toma la existencia de un órgano Judicial independiente, así como un conjunto de normas y principios que garanticen un proceso equitativo y en el que el imputado disponga de los medios adecuados para su defensa, entre los que se encuentra el derecho a recurrir el fallo, con la finalidad de que el tribunal superior proceda a revisar la sentencia que le causa agravio. El ámbito de conocimiento del Tribunal de Segunda Instancia quedará delimitado por la impugnación efectiva de las partes.

En consecuencia, el alcance del recurso quedará determinado por las pretensiones impugnatorias de las partes, ejercitadas en el trámite de interposición y fundamentación del recurso, impugnando aquellos pronunciamientos que les causan gravamen.

De esa cuenta, el artículo 421 del Código Procesal Penal, establece que el tribunal de apelación especial conocerá solamente de los puntos de la sentencia impugnada expresamente contenidos en el recurso. Asimismo el artículo 419 numeral Segundo del mismo texto legal preceptúa que el Recurso de

Apelación Especial sólo podrá hacerse valer cuando la sentencia contenga cualquiera de los siguientes vicios: 1) De fondo: inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la ley y 2) De forma: inobservancia o errónea aplicación de la ley que constituya un defecto de procedimiento.

-II-

Del Recurso de Apelación Especial por Motivo de FORMA y FONDO promovido por el procesado José Cristóbal Pivaral Gutiérrez, auxiliado por el licenciado Juan Luis Soto Monterroso, abogado defensor, invocando como motivo Forma, como primer submotivo la inobservancia del artículo 186 in fine, relacionado con los artículos 385 y 394 en su numeral 3, todos del Código Procesal Penal, argumentando que: "...provoca agravio en virtud de haber sido condenado a ocho años de prisión incommutables por el delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas sin realizar un análisis real sobre las declaraciones de los testigos, que fueron elementos de prueba producidos en el debate, pero que no fueron valorados conforme el sistema de la sana(sic) crítica(sic) razonada(sic), es decir, se omitió o no se observó lo que establece esta norma, dadas las serias contradicciones que se pueden apreciar en la sentencia recurrida que como indiqué en el planteamiento de mi recurso de apelación especial es bien fácil de identificarlas en virtud de que el testigo ALFREDO TIUL CHUB indica en su deposición que sus compañeros le hicieron al(sic) alto al vehículo tipo taxi blanco(sic) como a las diez treinta, ellos se conducían en motocicleta y en ese momento estaban estacionados, le hicieron la parada al taxi por rutina, él incautó el arma el acusado, la tenía en el cinto del lado de atrás, debajo de la camisa, la tolva la llevaba en la bolsa, dentro de la tolva estaban los cartuchos, habían policías municipales en moto, la tolva estaba escondida dentro del vehículo; las balas estaban dentro del cargador, el cargador estaba abajo del timón. Esta declaración en si contiene notables contradicciones, toda vez que indica que la tolva la llevaba en la bolsa, luego dice que la tolva estaba escondida dentro del vehículo y que las balas estaban dentro del cargador, y por último dice que el cargador estaba abajo del timón; si se está refiriendo a la tolva que viene siendo lo mismo que el cargador, entonces ¿Dónde realmente estaba la tolva o cargador?, en la bolsa o dentro del vehículo y dentro del vehículo en qué lugar, abajo del timón o en otro lugar? Estas contradicciones no permiten establecer con claridad los hechos, ya que no dan certeza de una afirmación, lo cual lejos de acreditar el hecho crea muchas dudas que no permiten darle credibilidad

a su declaración, pero sin embargo el juzgador le otorga valor probatorio, a pesar de que también difiere su declaración del testigo EDDER FABIAN RUIZ HERRERA, quien en su deposición indicó que en ese momento estaban estacionados, andaban en una radio patrulla que su compañero le hizo la parada al taxi por prevención, no había motivo para hacer la parada, que su compañero TIUL CHUB, le incautó en la cintura, en la parte de atrás, un arma de fuego, tipo pistola, con una tolva, con diez cartuchos, que el recorrido es variado, a veces lo hacen en radio patrulla o a pie, que él estaba a cuatro o cinco metros cuando su compañero hizo el registro, que el número de la unidad es FT guión cero veinticuatro, no recordó haber visto a un agente de tránsito, no recordó cómo iba vestido el acusado; de lo anterior se extraen serias contradicciones en cuanto que uno dice que andaban en moto y el otro dice que en radio patrulla, no obstante que los dos coinciden en que el arma de fuego le fue incautada al acusado en el cinto en la parte de atrás, la contradicción recae en que uno dice que el arma se le incautó con todo y cargador y el otro dice que la tolva o el cargador la cargaba en la bolsa, luego en el interior del vehículo, luego debajo del timón; así también uno indicó que en el lugar habían dos agentes de tránsito y el otro manifestó no recordar haber visto ningún agente de tránsito; pero sin embargo el Honorable señor Juez Unipersonal del Tribunal de Sentencia, les otorga valor probatorio, indicando que lo narrado por el agente ALFREDO TIUL CHUB fue corroborado por el testigo EDDER FABIAN RUIZ HERRERA, quien prestaba seguridad perimetral y constató todo lo que sucedía, lo cual lógicamente no es cierto dadas las contradicciones ya esgrimidas, pero aunado a ello el Honorable señor juez no realiza ese ejercicio intelectual que lleva consigo la razón lógica, ya que si los dos agentes afirman que el agente ALFREDO TIUL CHUB fue quien incautó el arma de fuego al acusado y que fue también el agente... quien procedió a registrar el vehículo donde supuestamente se encontró la tolva o cargador, al momento de registrar el vehículo, si ya se había incautado previamente el arma de fuego, donde se quedó el acusado y al resguardo de quien, tomando en cuenta que el ilícito ya se había configurado al no prestar la documentación respectiva y tomando en cuenta también que el agente EDDER FABIAN RUIZ HERRERA manifestó que se encontraba como a cuatro o cinco metros siendo aquí donde se genera la duda sobre si realmente fueron ellos los que procedieron a la aprehensión y si los hechos sucedieron como se encuentran(sic) en la plataforma fáctica, siendo aquí donde recae la falta de aplicación de la Sana Crítica Razonada...".

Como segundo submotivo la inobservancia del artículo 5 del Código Procesal Penal, relacionado con los artículos 12 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, argumentando que: "...en virtud de que no evidenció la búsqueda de la verdad sino solamente se me condena por lo que el Ministerio Público argumenta en la plataforma fáctica que contrasta con las versiones de los únicos dos testigos, siendo entonces que el agravio que me causa la falta de observancia de este artículo que como sujeto procesal se violentó mi derecho a la tutela judicial efectiva. El error que existe en la inobservancia de esta normativa es que no existe un debido proceso incumpléndose por parte del juzgador con los fines del proceso... el juzgador debió aplicar y observar lo relativo a los fines del proceso que primordialmente es la búsqueda de la verdad objetiva o lo que es lo mismo la averiguación de un hecho señalado como delito o falta que en el presente caso sería la averiguación de la portación ilegal de un arma de fuego, lo cual no fue corroborado por las razones ya indicadas o sea las contradicciones de los testigos; en todo caso el juez unipersonal de sentencia debió observar lo regulado en el artículo 5 del Código Procesal Penal averiguando de conformidad con el debido proceso la verdad histórica del hecho señalado en la plataforma fáctica, lo anterior para no vulnerar también mi legítimo derecho de defensa establecidos en los artículos 12 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala...". Pretendiendo que se aplique la Sana Crítica Razonada absolviéndolo de todo cargo. Por Motivo de FONDO, invocando como único submotivo la inobservancia del artículo 10, en relación al artículo 1 ambos del Código Penal, argumentando que: "...por aplicación del artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones que es la norma que considero vulnerada y que me acusa serio agravio toda vez que se me condena por el delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas, no existiendo la relación de causalidad al existir contradicciones en la deposición del testigo ALFREDO TIUL CHUB y también en relación del testigo EDDER FABIAN RUIZ HERRERA que ya fueron explicadas ampliamente con antelación, confluyendo violentación al artículo 1 del Código Penal, constituyendo este el único submotivo de FONDO por el que interpongo mi apelación especial. El error que se comete al aplicar dicho precepto legal es que se aplica sin existir la relación de causalidad establecido en el artículo 10 del Código Penal... debió advertirse que dadas las contradicciones de los testigos, no existe una conducta delictiva que se me pueda atribuir cuando no se puede establecer una veracidad en las deposiciones de dichos testigos...".

Pretendiendo que se dicte nueva sentencia de carácter absolutorio, aplicando los artículos 388 y 391 del Código Procesal Penal.

-III-

Del estudio del recurso de apelación especial por motivo de forma el recurrentes presenta dos sub motivos de forma, el primero de ellos señala vulneración del artículo 186 in fine del Código Procesal Penal, relacionado con la inobservancia del artículo 385 y 394 en su numeral 3, del contenido en el memorial de interposición y alegaciones presentadas por el recurrente, así como el documento sentencial, esta Sala estima que de conformidad al artículo 186 del Código Procesal Penal, que refiere: "...Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en el este Código...", del contenido de este artículo, así como de lo que señala el recurrente, este Tribunal de Alzada no establece vulneración alguna de la referida norma.

Pues el apelante señala que en las declaraciones testimoniales ALFREDO TIUL CHUB y ELDER FABIAN RUIZ HERRERA, existió vulneración toda vez que indicó que la tolva la llevaba en la bolsa, luego dice que la tolva estaba escondida dentro del vehículo y que las balas estaban dentro del cargador, y por ultimo dice que el cargador estaba abajo del timón (según pagina 24 de la sentencia recurrida), contradicciones que no permiten darle credibilidad a su declaración, así también difiere con la declaración del testigo EDDER FAIAN RUIZ HERRERA, pues no recordó haber visto a un agente de tránsito, no recordó cómo iba vestido el acusado, de lo anterior se contradice en cuanto uno indica que andaban en moto y el otro dice que en radio patrulla, no obstante que los dos coinciden en que el arma de fuego fue incautada al acusado en el cinto en la parte de atrás.

La contradicción recae en que uno dice que el arma se le incauto con todo y cargador y el otro dice que la tolva o el cargador la cargaba en la bolsa, luego en el interior del vehículo, luego debajo del timón, así también que uno indicó que en el lugar habían dos agentes de tránsito y el otro manifestó no recordar haber visto ningún agente de tránsito, por lo que el juez realizó un ejercicio que llevara consigo la razón lógica, ya que si los dos agentes

afirman que el agente ALFREDO TIUL CHUB fue quien incauto el arma de fuego al acusado y que fue también el agente ALFREDO TIUL quien procedió a registrar el interior del vehículo, así también el agente EDDER FABIAN RUIZ HERRERA manifestó que se encontraba como a cuatro o cinco metros creando la duda sobre si realmente fueron ellos los que procedieron a la aprehensión y si los hechos sucedieron como se encuentra en la plataforma fáctica. De ese argumento es que este Tribunal de Alzada no encuentra vulneración del artículo 186 del Código Procesal Penal, pues las declaraciones de los Agentes de la Policía Nacional Civil, fueron incorporadas al proceso penal y en debate de forma legal y de conformidad a las reglas de la Sana Crítica Razonada, pues lo que señala como contradictorio el recurrente, no puede considerarse como vulneración del artículo 385 del Código Procesal Penal, ello porque su pretensión es que esta Sala de Apelaciones es que valore nuevamente la prueba, algo que es ajeno en esta instancia por el principio de intangibilidad de la prueba de conformidad al contenido del artículo 430 del Código Procesal Penal. Así también lo relevante es que el juzgador estableció que el acusado portaba una arma de forma ilegal, y así lo estableció no solo con la declaraciones de los Agentes de la Policía Nacional Civil, sino que también esas declaraciones fueron concatenadas con los demás pruebas periciales y documentales y que fueron valoradas positivamente en juicio, siendo por ello que se estableció la responsabilidad del sindicado en el delito contenido en el artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones, que lo resuelto por el juzgador no sea conforme a las pretensiones del apelante, no significa que se hayan inaplicado las normas que refiere. Así también el segundo submotivo de forma señala vulneración de los artículos 5, 11 Bis y reitera vulneración del artículo 385 del Código Procesal Penal y 12 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, con el mismo argumento que ninguno de los testigos declara en forma clara y razonable sobre la forma de su aprehensión y la incautación del arma de fuego, por lo que este tribunal, advierte que el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, refiere a la fundamentación que toda resolución debe contener y en su parte conducente establece que: "...los autos y las sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de su decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión...". En ese sentido la Corte de Constitucionalidad ha sostenido que la norma precitada impone a los jueces en materia penal la obligación de explicar

de manera sencilla y en lenguaje comprensible para el imputado y la sociedad, las razones de hecho y de derecho de las decisiones que adopten en el proceso, especialmente, porque en el proceso penal se abordan temas sensibles, tales como la vida, la libertad, el patrimonio (por citar los de carácter esencial) y precisamente para que haya una restricción a cualquiera de éstos desde la facultad punitiva que le asiste al Estado, es que la misma debe justificarse y fundamentarse de manera indudable (Sentencia del seis de abril de dos mil diez, dictada en el expediente quinientos sesenta y dos guión dos mil diez).

En el presente caso, el juez otorgó valor probatorio a la declaración de ALFREDO TIUL CHIUB y EDDER FABIAN RUIZ HERRERA Agentes de la Policía Nacional Civil e indicó los motivos por los cuáles les otorgó valor probatorio e indicó lo que acreditó con cada una de ellas, específicamente en las páginas cuarenta y cuarenta y uno de la sentencia emitida, así también se establece que aplicó correctamente el contenido del artículo 385 del Código Procesal Penal, pues se debe tener presente que la facultad de valoración de la prueba está regida por un método que comprende un conjunto de reglas, la Sana Crítica Razonada. Dentro de ese conjunto de reglas, la básica es la referente a la logicidad del fallo. Esta exigencia comprende, no solo que no se emitan juicios contradictorios por el juzgador, sino que se respete el principio de razón suficiente, que exige que toda afirmación o negación esté soportada en elementos consistentes que justifiquen lo que en el juicio se afirma o niega, con pretensión de verdad, y es precisamente cada una de las reglas y principios que integran la referida norma, las que aplicó el "A quo", en todas las pruebas que se presentaron en juicio.

Lo que se extrae del planteamiento del apelante, consecuentemente no se establece ninguna de las vulneraciones que señala el acusado. Por las consideraciones anteriores no se acogen los submotivos de forma presentados.

En relación al motivo de fondo, cuando se presenta un motivo de fondo el referente básico que se tiene, es la plataforma fáctica establecida por el tribunal de sentencia a partir de la prueba producida. Por lo que el análisis que corresponde, se circunscribe al estudio de los elementos del tipo delictivo aplicado, para establecer si aquellos hechos encuadran en los supuestos contenidos en la norma penal sustantiva, no obstante al error en que incurrió el abogado que auxilia, este tribunal de alzada verificara si los hechos acreditados fueron correctamente subsumidos.

De ahí que esta Sala de Apelaciones considere que el tipo penal aplicado al acusado, contenido en el artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones, regula: "...Comete delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, quien sin licencia de la DIGECAM o sin estar autorizado legalmente porte armas de fuego de las clasificadas en esta Ley...". De la descripción anterior, se concluye que, la sentencia de primera instancia, no incurrió en errónea aplicación como lo hace ver el recurrente, toda vez que los hechos acreditados permiten encuadrar la conducta del sindicado en el tipo penal relacionado, se acreditó que el acusado JOSÉ CRISTOBAL PIVARAL GUTIERREZ fue aprehendido cuando piloteaba el automotor tipo automóvil, cuando agentes de la Policía Nacional Civil le marcaron el alto y al registrarlo se le localizó a la altura del cinto un arma de fuego y al requerirle la documentación que le acreditara la portación de arma de fuego que extiende la Dirección General de Control de Armas y Municiones indicó carecer de la misma, conducta que sin lugar a duda, cumple con los elementos del tipo penal contenido en el artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones. Asimismo, en cuanto a la vulneración de las reglas de la Sana Crítica Razonada, en un motivo de fondo, es incorrecto, pues ese argumento debe ir en un motivo de forma, y siendo que ya se analizó en otro apartado que no se vulneraron las reglas de la sana crítica razonada, por lo que sí se aplicó correctamente el contenido del artículo 385 del Código Procesal Penal. Así también se estableció en juicio con las declaraciones de los Agentes de la Policía Nacional Civil y que al relacionarlos con los oficios extendidos por la Dirección General de Control de Armas y Municiones se acreditó que el sindicado no posee documentos que establezcan que el arma incautada la portara legalmente, hechos que encuadran en el supuesto de hecho contenido en el artículo 123 de la ley de Armas y Municiones, consecuentemente no existe vulneración del artículo 10 del Código Penal, pues la acción del sindicado fue correctamente subsumida en el tipo penal por el cual fue condenado. Por las anteriores consideraciones no se acoge el recurso de apelación especial.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES: Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 1, 2, 4, 5, 8, 12, 13, 14, 17, 44, 46, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1 al 14, 20, 36, 41, 44, 53, 59, 60, 63, 65, 66, 68, 71, 72 del Código Penal; 123 de la Ley de Armas y Municiones; 1 al 11 Bis, 14, 19, 43, 49, 51, 160 al 166, 181, 186, 193, 225, 226, 227, 230,

231, 232, 233, 234, 235, 259, 320, 332, 332 Bis, 344, 363, 364, 385, 388, 389, 392, 394, 398, 399, 415 al 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 86 al 91, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con base en lo considerado y leyes citadas, por UNANIMIDAD RESUELVE: I) **NO ACOGE** el recurso de Apelación Especial por motivos de Forma y de Fondo promovido por el procesado José Cristóbal Pivaral Gutiérrez, auxiliado por el licenciado Juan Luis Soto Monterroso, abogado defensor, por las razones antes indicadas. II) Confirma la sentencia de fecha dieciocho de octubre del año dos mil diecisiete, dictada por el Abogado Edwin Augusto Vela Castañeda, Juez Unipersonal del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, del municipio de Villa Nueva, departamento de Guatemala, consecuentemente no sufre modificación alguna. III) La lectura del presente fallo, servirá de legal notificación a las partes, debiendo entregar copia del mismo a quien lo requiera. IV) Con certificación de lo resuelto, vuelvan los antecedentes al tribunal de origen. V) Notifíquese.

Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Presidente, Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Vocal Primera; Monica Victoria Teleguario Xicay, Magistrada Vocal Segunda. Lilian Lisette Hidalgo López. Secretaria.

23/07/2018 - APELACION ESPECIAL 52-2018

NÚMERO ÚNICO DE EXPEDIENTE: 01071-2017-00299. Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio y Departamento de Guatemala.

APELACIÓN ESPECIAL 52-2018 Of.3°.

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE. Guatemala, veintitrés de julio de dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar **SENTENCIA** de segundo grado que resuelve el Recurso de Apelación Especial, por **MOTIVO DE FONDO interpuesto por el Ministerio Público**, a través del Agente Fiscal Erick Fernando Galván Ramazzini, en contra de la sentencia de fecha

veintisiete de diciembre de dos mil diecisiete, dictada por el Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio y Departamento de Guatemala, dentro del juicio oral y público que por el delito de **Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito**, se sigue en contra de Carlos Roberto Orozco Portillo.

I. IDENTIFICACION DE LOS SUJETOS PROCESALES:

Acusado: Carlos Roberto Orozco Portillo, de treinta y seis años de edad, soltero, comerciante, guatemalteco, nació en esta ciudad el veinticinco de agosto de mil novecientos ochenta y uno, con residencia en segunda calle, quince guion cincuenta y cuatro, zona quince Colonia El Maestro, no ha procreado hijos, es hijo de Jorge Mario Orozco Barrios y Alma Amarilis Portillo Recinos, vive solo nadie depende económicamente de él, con documento personal de identificación número de código único, dos mil setecientos setenta y seis setenta y seis mil setecientos cuarenta cero ciento uno (2776 66740 0101). **Abogado Defensor: Enio Heriberto Flores Yanes. Ministerio Público:** a través del Agente Fiscal Erick Fernando Galván Ramazzini. No hay tercero civilmente demandado, Querellante Adhesivo, ni Actor Civil.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA: El Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio y Departamento de Guatemala DECLARÓ: "...I) Se modifica la calificación jurídica del delito inicialmente imputado por el Ministerio Público al condenado, por el delito de **PROMOCIÓN O ESTIMULO A LA DROGADICCIÓN. II)** Que el acusado **CARLOS ROBERTO ORZOCO PORTILLO** es autor responsable del delito consumado de **PROMOCIÓN O ESTIMULO A LA DROGADICCIÓN**, y que lesiona el bien jurídico tutelado de la salud; **III)** Por la comisión del delito de **PROMOCIÓN O ESTIMULO A LA DROGADICCIÓN**, se le impone al condenado **CARLOS ROBERTO OROZCO PORTILLO** la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN CONMUTABLES** a razón de veinte quetzales diarios, y multa de cinco mil quetzales, siendo que la conmuta y multa deben de ser depositadas en la Tesorería del Organismo Judicial, y en caso de insolvencia la multa se convertirá a razón de cien quetzales diarios, y ambas penas las deberá cumplir con abono de la prisión efectivamente padecida en el centro de reclusión que designe el Juez de Ejecución competente; **IV)** Se declara con lugar las Responsabilidades Civiles, a

favor del Estado, por el monto de **DOS MIL NUEVE QUETZALES, CON OCHENTA CENTAVOS... VI)** Constatando en autos que el enjuiciado **CARLOS ROBERTO OROZCO PORTILLO**, se encuentra en prisión preventiva, en ejecución provisional de la presente sentencia y al reunir los requisitos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se le otorga este beneficio por el plazo de tres años, por lo que luego de la redacción del acta

donde se le haga saber los alcances de dicho beneficio, ofíciase a donde corresponda para que el condenado obtenga su libertad inmediata..."

III. DE LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACION ESPECIAL:

Fue interpuesto el Recurso de Apelación Especial por Motivo de Fondo, por el Ministerio Público, a través del Agente Fiscal Erick Fernando Galván Ramazzini, en contra de la sentencia de fecha veintisiete de diciembre de dos mil diecisiete, dictada por el Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio y Departamento de Guatemala.

IV. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA:

La audiencia de debate oral en segunda instancia fue fijada para el once de julio de dos mil dieciocho, a las diez horas, en la que las partes reemplazaron por escrito su participación. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día veintitrés de julio de dos mil dieciocho.

CONSIDERANDO I:

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 12 manifiesta que el juzgamiento de las causas penales se debe regir por procedimientos preestablecidos, y es con la interposición de recursos legales y pertinentes que las partes buscan que se respete esa garantía del debido proceso que se traduce en un juicio justo, cualquiera que sea su pretensión como parte. El recurso de Apelación se encuentra en nuestro ordenamiento legal vinculado al valor "seguridad jurídica", como medio para subsanar los errores judiciales en el caso concreto, para satisfacer la necesidad social de la corrección de las decisiones judiciales y que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo. El derecho fundamental de recurrir el fallo ante un Tribunal superior, consiste en la facultad de desencadenar el control manifestado a través de mecanismos que permiten el dictado de un nuevo

fallo integral o el control sobre la aplicación del Derecho y las condiciones de legitimidad del fallo, referidas a los límites impuestos por los principios dispositivos de limitación del conocimiento y de no reforma en perjuicio de la parte acusada cuando esta recurra, que lo limitan a cuestiones jurídicas sustantivas y procesales que afectan la sentencia dictada en juicio oral y público.

CONSIDERANDO II:

El Representante del Ministerio Público, invoca en su Recurso de Apelación Especial por Motivo de Fondo los siguientes agravios que se transcriben de forma resumida:

Único Submotivo de Fondo: Errónea Aplicación del artículo del artículo 49 de la Ley Contra la Narcoactividad, que regula el delito de Promoción o Estimulo a la Drogadicción.

Manifiesta el apelante que el recurso planteado va encaminado en contra de los apartados de la sentencia recurrida, identificados como: “V) DE LA DETERMINACIÓN PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS QUE ESTE TRIBUNAL ESTIMA ACREDITADOS... VI) DE LOS RAZONAMIENTOS QUE INDUCEN A ESTE TRIBUNAL A CONDENAR O ABSOLVER... IX) DE LA EXISTENCIA DEL DELITO Y SU CALIFICACIÓN JURÍDICA... XV) PARTE RESOLUTIVA, específicamente los números romanos I), II), III)...”. Argumentando que la discusión fundamental en este caso, lo es la subsunción de la calificación jurídica que el tribunal le concedió a los hechos acusatorios, porque el tribunal modificó e insertó hechos distintos a los descritos en la acusación y el auto de apertura a juicio, para poder calificar los hechos antijurídicos como Promoción o Estimulo a la Drogadicción. Pues en la acusación señala el Ministerio Público que se imputó al acusado “adquirió y almacenó” y el tribunal consignó en la plataforma fáctica acreditada “estimulaba y promovía”. En primer lugar, el tribunal se contradice porque no obstante insertó en los hechos probados, los verbos rectores “estimulaba y promovía” del delito atribuido (Promoción y Estimulo a la Drogadicción), reconoce en la sentencia, en el apartado sentencial identificado con el número romano IX sobre la existencia del delito y su calificación jurídica, que el procesado tenía la droga en su residencia para la “venta al menudeo”, verbo rector del delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito; ahora bien, es cierto que el ente fiscal consignó en la acusación los verbos rectores de “adquirir y almacenar”, para configurar

el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, y el hecho que el tribunal haya determinado que el procesado vendía droga al menudeo, no es óbice, para condenar por el ilícito, ya que los hechos acusatorios y la plataforma fáctica acreditada guardan identidad, en cuanto a los verbos rectores de “adquirir y almacenar”, ya que de la descripción fáctica que el tribunal efectúa de la conducta ilícita que tuvo por acreditada en contra del procesado, se infiere con certeza jurídica que el procesado adquirió y guardaba en su residencia la droga mariguana (con un peso total de 511.4 gramos), circunstancias fácticas que explican la existencia de verbos rectores del delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito; importante indicar que en la acusación no es necesario insertar conceptos jurídicos, sino la descripción conductas o hechos de los cuales se debe inferir la concurrencia de los elementos necesarios de determinada figura penal. En este caso se probó que el procesado tenía en su residencia la droga marihuana en treinta y cuatro bolsas de nylon, lo que implica lógicamente que el procesado adquirió una cantidad de droga que, como lo reconoció el tribunal “no es para su consumo inmediato, sino que la preparó para su venta al menudeo”, lo que no desvirtúa el almacenamiento de esa droga en su propia residencia. En este caso quedó probado que el procesado realizó acciones que encuadran varios verbos rectores del delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, ya que adquirió (primer verbo rector) la droga mariguana y metilendioxianfetamina, y la guardó (segundo verbo rector) en su residencia, lo que implica que existe el material fáctico suficiente para considerar la existencia de ese ilícito y no el de Promoción o Estimulo a la Drogadicción; pues de conformidad con los hechos probados el procesado no ejecutaba esa acción, ya que según lo razonó el propio tribunal que el procesado disponía de esa droga para su posterior venta al menudeo; acción que no encuadra en la descrita en el artículo 49 de la Ley Contra la Narcoactividad, ya que promocionar o estimular a la drogadicción no implica su comercio, es decir, su compra-venta. El tipo penal de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito no exige la concurrencia de todos o varios de los verbos rectores que lo configuran, basta con la realización de uno y en este caso de los hechos acreditados se infiere la ocurrencia de dos verbos rectores, “adquirir la droga” “guardarla-almacenarla en su residencia”, para disponer de ella posteriormente, como efectivamente lo hacía el procesado.

Al calificar el tribunal erróneamente la conducta delictiva cometida por el procesado, afecta la seguridad jurídica, el interés de la justicia y el ejercicio de la acción penal, provocando con ello que

la acción delictiva cometida por el procesado Carlos Roberto Orozco Portillo, no sea sancionada en su justa dimensión, ya que ha quedado probada la existencia del delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito regulado en el artículo 38 de la Ley Contra la Narcoactividad, y la participación de del procesado en el mismo, tipo penal que el tribunal debió aplicar y no como erróneamente aplicó el artículo 49 de la Ley Contra la Narcoactividad. De lo anterior el ente investigado solicita, que el presente recurso sea declarado procedente y se declare que el procesado Carlos Roberto Orozco Portillo, es autor penalmente responsable del Delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, imponiéndole la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES y multa de CIEN MIL QUETZALES.

CONSIDERANDO III

Refiere el representante del Ministerio Público que el Tribunal de Sentencia aplicó erróneamente el artículo 49 de la Ley Contra la Narcoactividad, razón por la que interpone el presente recurso por **Motivo de Fondo:** Al respecto, esta Sala hace saber al apelante que, cuando se impugna una sentencia por motivo de fondo, el único referente fáctico lo constituyen los Hechos Acreditados, en ese sentido se pronuncia Cámara Penal, en sentencia número doscientos sesenta y ocho guión dos mil once (268-2011) emitida con fecha dos de agosto del año dos mil once (02/08/2011) al expresar: “...Cuando se resuelve una impugnación en que se invoca un motivo de fondo, el único referente fáctico para decidir son los hechos acreditados por el tribunal sentenciante. La labor del juzgador consiste en realizar el análisis legal para establecer si la adecuación típica realizada es jurídicamente correcta...” de ahí que este Tribunal de Alzada, al examinar los hechos acreditados establece que el acusado Orozco Portillo fue detenido de manera flagrante por encontrarse dentro del inmueble objeto de una orden de allanamiento, inspección y registro efectuado en su residencia en vista de que el tribunal tuvo por acreditado que tenía en su residencia la droga denominada marihuana y metilendioxianfetamina, por lo que a continuación se transcriben en sus pasajes más importantes el apartado: “...DETERMINACION PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS QUE EL TRIBUNAL ESTIMA ACREDITADOS.

“... II.- ... se le dió cumplimiento a la orden de allanamiento, inspección, registro y secuestro emitida por Juez competente en el inmueble ..., al llamar a la puerta nadie abrió, siendo necesario utilizar la fuerza para ingresar encontrando al

incoado Carlos Roberto Orozco Portillo, en el interior del inmueble a quien se le notificó la orden de allanamiento, por lo que se procedió a realizar el registro encontrando el agente Larios Franco ... lo siguiente: una pesa digital de color gris con azul, una bolsa de plástico transparente conteniendo hierba seca, diecinueve bolsas plásticas transparente conteniendo cada una hierba seca, quince envoltorios de papel conteniendo cada uno hierba seca, un recipiente de vidrio color verde con parte superior metálica con una manguera, un recipiente de metal con tapadera color plateado con piedras plásticas color celeste conteniendo siete pastillas, el agente Rodríguez Méndez realizó prueba de campo con reactivo químico a la hierba dando como resultado presuntivo positivo para droga MARIHUANA”.

Así mismo se cuenta con el reconocimiento judicial análisis e incineración número un mil noventa y ocho guión dos mil diecisiete donde el perito del Instituto Nacional de Ciencias Forenses -INACIF- Erasmo Abigail Chen González, dictaminó que la primera bolsa, tiene un peso neto de dos gramos y contienen METILENDIOXIANFETAMINA (MDA), Segunda bolsa: INDICIO DOS tiene un peso neto de doscientos veinte gramos y es droga MARIHUANA, INDICIO TRES tiene un peso neto de doscientos ochenta gramos y es droga MARIHUANA, INDICIO CUATRO tiene un peso neto de once punto cuatro gramos y es droga MARIHUANA.”

Es preciso también mencionar el apartado “IX) DE LA EXISTENCIA DEL DELITO Y SU CALIFICACIÓN JURÍDICA: ...con la prueba positivamente valorada... haciendo uso de la facultad que la ley procesal penal le confiere al tribunal, en el artículo 388, concluye que la conducta del acusado Carlos Roberto Orozco Portillo, ... no se encuadra en dicho ilícito penal, sino que se adecua en el tipo penal de Promoción o estímulo a la drogadicción, contenido en el artículo 49 del mismo cuerpo legal, razón por la cual modificamos la calificación jurídica al delito de Promoción o Estimulo a la Drogadicción, esto porque con las declaraciones de los agentes de la Policía Nacionales Civil, el oficio del Departamento de Investigaciones, Subdirección General de Análisis de Información, Antinarcótica, -SGAIA- y Certificación de fecha cinco de julio de dos mil diecisiete, que certifica la denuncia número seiscientos diecisiete -dos mil diecisiete del Centro de Información Conjunta Antidrogas de Guatemala “CICANG”; se acredita la investigación preliminar que dio origen a la diligencia de allanamiento con la cual se logro la aprehensión y decomiso de la droga marihuana y Mitilendioxianfetamina; la hierba es marihuana con un peso de quinientos once punto cuatro gramos lo que hace más de una libra de dicha droga y las pastillas tienen un

peso de dos gramos, cantidades que de acuerdo a la lógica y sentido común, el tribunal concluye, que no es posible sea para el propio consumo del incoado Orozco Portillo, sino que para la venta al menudeo; y por ende tampoco al almacenamiento al cual se refiere la hipótesis acusatoria; ...Todos estos medios de prueba, hacen concluir al tribunal, que sin lugar a dudas el acusado, se dedicaba a promover y estimular el consumo de droga."

De lo anterior quienes juzgamos en esta instancia advertimos del análisis correspondiente al fallo recurrido, contradicción ya que los mismos juzgadores razonaron que el sindicado disponía de esa droga para su posterior venta almenudeo, aun así modificaron la conducta del incoado encuadrándola en el delito de "Promoción o Estímulo a la Drogadicción", lo cual es erróneo, debido a que el inmueble donde fue detenido el sindicado por ser un restaurante de conformidad con las declaraciones testimoniales de los agentes investigadores Edwin Giovanni Lopez Gómez, Arin Hosmany Soto Morales declararon que se infiltraron en el referido local y observaron cuando el incoado y otra persona intercambiaron dinero por un pequeño objeto posiblemente droga, a ambas declaraciones, les fue otorgado valor probatorio.

En ese contexto este tribunal de alzada determina que existe interés lucrativo, para lo cual adquirió y almacenó la droga en su residencia el incoado; por lo que estimamos pertinente citar jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia según **Expediente No. 1362-2012 Sentencia de Casación del 23/08/2012** "...En el presente caso quedó acreditado que, ...El artículo 49 de la Ley contra la Narcoactividad establece que comete el delito de promoción o estímulo a la drogadicción quien "estimule, promueva o induzca por cualquier medio el consumo no autorizado de drogas". Del contenido de la norma se desprende que, la calificación jurídica realizada por el ad quem, es errónea, toda vez que, dicha acriminación requiere o precisa para su configuración, de otra clase de conductas por parte del sujeto activo, que no fueron acreditadas en juicio, tales como el ofrecimiento o acercamiento a alguna persona o personas con el fin de incentivar el

uso de la droga; es decir que, es necesario para su consumación, que el incoado, haya incitado, fomentado o influido en otra persona para que ésta consumiera la marihuana incautada, actividad que debe carecer de un interés lucrativo, pues, de existir éste, se estaría frente a otro hecho antijurídico punible".

En virtud de lo anterior, este tribunal de alzada evidencia errónea calificación de los hechos,

tomando como base la plataforma fáctica de los hechos probados, de tal manera que del análisis sustentado se concluye que la acción del sindicado encuadra en la figura delictiva de "Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito" dado que adquirió y almaceno para la venta en su residencia, droga estableciéndose que existe el interés lucrativo en la conducta del incoado, circunstancias fácticas que implican la existencia de los verbos rectores del delito de Comercio Tráfico y Almacenamiento Ilícito al tenor de lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley Contra la Narcoactividad, determinando con ello que el Tribunal A quo aplicó erróneamente la norma, tal como lo aduce apelante, por lo tanto en cuanto al agravio argumentado por el recurrente esta Sala determina que le asiste la razón, toda vez que las acciones acreditadas de "*adquirir almacenar y vender*" no pueden subsumirse dentro del tipo penal del artículo 49 de la citada ley. Consecuentemente por lo analizado, los argumentos del apelante tienen sustento jurídico y en razón de ello, permiten acoger el presente recurso por motivo de fondo, debiéndose modificar la parte resolutive de la sentencia impugnada, anulando la condena del procesado por el delito de Promoción o Estímulo a la Drogadicción, debiendo esta Sala resolver según las consideraciones y análisis expuestos.

En ese sentido es procedente acoger el presente recurso, debiéndose modificar el contenido de la parte resolutive del documento sentencial e imponer la pena de **DOCE AÑOS DE PRISION INCONMUTABLE** y multa de **CINCUENTA MIL QUETZALES** y por la manera en que se resuelve no se le otorga el beneficio de la suspensión condicional de la pena.

DISPOSICIONES APLICABLES: Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 12, 46, 47, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 BIS, 19, 43, 49, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 225, 226, 259, 320, 332, 332 bis, 344, 346, 347, 350, 392, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 425, 429, 430, 432, 433 y 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 88, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con fundamento en lo considerado y leyes citadas al resolver, por unanimidad, **DECLARA:** I) **ACOGE el Recurso de Apelación Especial, por MOTIVO DE FONDO** interpuesto por el Ministerio Público, a través del Agente Fiscal Erick Fernando Galván Ramazzini,

en contra de la sentencia de fecha veintisiete de diciembre de dos mil diecisiete, dictada por el Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio y Departamento de Guatemala; En consecuencia, se modifican los numerales II y III) de la parte resolutive de la sentencia impugnada, el cual queda de la siguiente manera: **"II) Que el acusado CARLOS ROBERTO OROZCO PORTILLO, es autor responsable del delito de COMERCIO TRAFICO Y ALMACENAMIENTO ILICITO, y que lesiona el bien jurídico tutelado de la salud, regulado en los artículos 38 de la Ley contra la Narcoactividad; por tal hecho antijurídico se le condena a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES, la cual deberá cumplir en el centro de cumplimiento de condenas que designe el juez de ejecución competente, con abono de la prisión sufrida, al causar firmeza el presente fallo y MULTA de cincuenta mil quetzales."** **III.** Los numerales restantes de la parte resolutive, de la sentencia apelada quedan incólumes **IV)** Notifíquese y con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al Tribunal de origen.

Néctor Guilebaldo De León Ramírez, Magistrado Presidente; Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Vocal I; Abogada Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Vocal II. Lilian Lissette Hidalgo López, Secretaria.

23/07/2018 - PENAL
25-2018

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, veintitrés de julio de dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado que resuelve el Recurso de Apelación Especial, por motivo de fondo, interpuesto por el procesado José Eduardo Carías Avila, con el auxilio de la Abogada Defensora Pública Gladys Corina Velásquez Morales, contra la sentencia de fecha tres de noviembre de dos mil diecisiete, dictada por la Jueza Unipersonal, Abogada Rosa María Quiñónez Hernández, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala, dentro del juicio oral seguido en su contra por el delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas.

I. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES: (Según constancias procesales).

Acusado: **José Eduardo Carías Avila**, de veintidós años de edad, soltero, guatemalteco, nació el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y seis en Monjas Jalapa, trabajaba en Serigrafía en el kilómetro veintidós ruta al atlántico, reside en la tercera avenida tres guion cincuenta, colonia Linda Vista, zona cuatro del municipio de Villa Nueva, del departamento de Guatemala, convive maridablemente con Dayri Fernanda Gálvez Rodríguez, sin hijos en común, su conviviente tiene tres hijos, quienes dependen económicamente del mismo. Su defensa está a cargo de la Abogada Defensora Pública Gladys Corina Velásquez Morales. El Ministerio Público, actúa a través del Agente Fiscal de la Unidad de Impugnaciones, Abogado Carlos Francisco Mack Fernández. No hay querellante adhesivo, actor civil, ni tercero civilmente demandado.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

La Jueza Unipersonal, Abogada Rosa María Quiñónez Hernández, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala, DECLARÓ: **"I)** Que el acusado **JOSÉ EDUARDO CARÍAS AVILA**, es autor responsable del delito de **PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS**, regulado en el artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones, por tal hecho antijurídico se le condena a la pena de **OCHO AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES**, con abono de la efectivamente padecida;..."

III. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL:

El recurso de apelación especial por motivo de fondo, fue interpuesto el procesado **JOSÉ EDUARDO CARÍAS AVILA**, a través de la Abogada Defensora Pública, Gladys Corina Velásquez Morales.

IV. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA:

La audiencia del debate fue fijada para el día once de julio de dos mil dieciocho, a las doce horas. Las partes procesales reemplazaron su participación por escrito, en la audiencia señalada. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día veintitrés de julio de dos mil dieciocho, a las quince horas.

CONSIDERANDO I:

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 12 manifiesta que el juzgamiento de las causas penales se debe regir

por procedimientos preestablecidos, y es con la interposición de recursos legales y pertinentes que las partes buscan que se respete esa garantía del debido proceso que se traduce en un juicio justo, cualquiera que sea su pretensión como parte. El recurso de Apelación Especial, se encuentra en nuestro ordenamiento legal vinculado al valor “seguridad jurídica”, como medio para subsanar los errores judiciales en el caso concreto, para satisfacer la necesidad social de la corrección de las decisiones judiciales y que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo. El derecho fundamental de recurrir el fallo ante un Tribunal superior, consiste en la facultad de desencadenar el control manifestado a través de mecanismos que permiten el dictado de un nuevo fallo integral o el control sobre la aplicación del Derecho y las condiciones de legitimidad del fallo, referidas a los límites impuestos por los principios dispositivos de limitación del conocimiento y de no reforma en perjuicio de la parte acusada cuando esta recurre, que lo limitan a cuestiones jurídicas sustantivas y procesales que afectan la sentencia dictada en juicio oral y público.

CONSIDERANDO II:

El procesado José Eduardo Carías Avila, interpone recurso de apelación especial, por motivo de fondo, el cual se resume de la siguiente manera: Motivo de Fondo: Único submotivo: Errónea aplicación del artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones. Refiere el procesado que no quedó fehacientemente acreditada su participación en el delito por el cual se le acusó y como consecuencia de ello, también se desprende la inexistencia de una relación de causalidad, lo que imposibilita que se le considere como autor del hecho por el cual se le procesó, de donde resulta -según el recurrente- improcedente la fijación de la pena, toda vez que se dictó sentencia condenatoria, no obstante que no existió prueba idónea suficiente para condenarlo y por ende no fue destruida la presunción de inocencia, sino que según el procesado, se generó duda razonable, pues si bien se contó con declaración de un perito especialista en balística, el mismo se limitó a indicar que el arma peritada se encuentra en capacidad de disparar y que tiene el registro borrado, pero con dicha declaración no quedó acreditado que haya sido su persona, quien portaba el arma de fuego supuestamente incautada, ni siquiera existió dentro del desarrollo del debate un medio probatorio de carácter científico que acreditara que efectivamente su persona portaba un arma de fuego en tales condiciones, que es el verbo rector establecido en el artículo 123 de la Ley

de Armas y Municiones, pues es conocido que el Instituto Nacional de Ciencias Forenses cuenta con peritos especialistas en lofoscopia, medio idóneo y científico para acreditar que efectivamente él portaba un arma de fuego, porque si bien se dice por parte del Ministerio Público que la portaba en el cinto lado derecho, de alguna forma debió haber sido manipulada para colocarla en el cinto lado derecho y entonces quedar sus huellas dactilares en dicha arma de fuego, por lo cual, a criterio del procesado, no se da la certeza jurídica positiva, necesaria para dictar una sentencia condenatoria como la proferida. Indica, que si bien se contó con la declaración testimonial de los agentes aprehensores, se puede apreciar que existió una cantidad de contradicciones, no siendo contestes en su dicho, incluso uno de los agentes ni siquiera da a conocer fecha de la aprehensión, entre otras, que se consideran de vital importancia, y ninguno de los testigos dio características del arma de fuego supuestamente incautada, lo cual estima lógico el recurrente, aduciendo que en ningún momento se le incautó un arma de fuego, por lo cual considera no se le puede otorgar valor probatorio para dictar una sentencia en su contra, y atendiendo a que la duda favorece al reo, a criterio del recurrente, debió haberse dictado una sentencia absolutoria. Pretende que se acoja el recurso interpuesto, se anule la sentencia impugnada y se dicte sentencia absolutoria.

CONSIDERANDO III:

En el presente caso, el apelante plantea recurso de apelación especial por motivo de fondo, sin embargo realiza argumentos que se relacionan con la valoración probatoria, lo que es propio de un motivo de forma, por lo que se hace necesario hacerle saber que cuando se interpone un recurso por motivo de fondo, queda fuera todo análisis en relación a las pruebas, así lo refrenda Cámara Penal, en Casación número un mil trescientos ochenta guion dos mil once (1380-2011) en sentencia del siete de noviembre del año dos mil once (07/11/2011) en la cual expresa: “Esta Cámara reitera su postura en cuanto a que, cuando en un recurso de apelación especial o casación se impugna por motivo de fondo, el único referente fáctico para analizar, razonar y resolver, son los hechos acreditados por el tribunal de juicio; de ahí que, sea inválido cualquier argumento que tenga relación con los procesos de logicidad en la fijación de tales hechos. Lo anterior lleva a la conclusión inicial, de que es necesario que la Sala resuelva de forma completa y fundada los agravios de naturaleza sustantiva expuestos en el reclamo de apelación especial.” De ahí que este Tribunal de Alzada al revisar los hechos acreditados encuentra

que el acusado fue detenido el día veintisiete de agosto del año dos mil dieciséis en la tercera avenida y tercera calle zona cuatro de la colonia Linda Vista del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala por agentes de la Policía Nacional Civil, que al registrarlo le incautaron una arma de fuego tipo revolver y al requerirle la licencia de portación correspondiente indicó carecer de la misma, situación por la que su conducta se subsume dentro del tipo penal de Portación Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas contenido dentro del artículo 123 de la Ley de Armas y Menciones que preceptúa: “Comete el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, quien sin licencia de la DIGECAM o sin estar autorizado legalmente porte armas de fuego de las clasificadas en esta Ley como de uso civil, deportivas o de ambas clases. El responsable de este delito será sancionado con prisión de ocho (8) a diez (10) años incommutables y comiso de las armas” en el presente caso, las pruebas diligenciadas en el desarrollo del debate, lograron impactar en el razonamiento del Juez Aquo para acreditar que el acusado fue detenido por portar un arma de fuego tipo revolver en la vía pública sin la licencia correspondiente, de ahí que la sentencia venida en grado es correcta en cuanto a la relación de causalidad entre hechos acreditados y tipo penal atribuido. Por lo expuesto y análisis vertidos, se vuelve procedente confirmar la resolución impugnada, debiéndose resolver de conformidad a las consideraciones expuestas.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES:

Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 12, 14, 46, 47, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1, 10 del Código Penal; 123 de la Ley de Armas y Municiones; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 Bis, 19, 43, 49, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 225, 226, 259, 320, 332, 332 Bis, 344, 346, 385, 389, 392, 398, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 425, 429, 430, 431, 432, 433 y 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 88, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con fundamento en lo considerado y leyes citadas al resolver, por unanimidad, **DECLARA: I) NO ACOGE** el recurso de apelación especial, por motivo de fondo, interpuesto por el procesado José Eduardo Carías Avila, contra la sentencia de fecha tres de noviembre de dos mil diecisiete, dictada por la Jueza Unipersonal, Abogada Rosa María Quiñónez Hernández, del Tribunal Primero de Sentencia

Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala; II) En consecuencia, la sentencia recurrida queda incólume; III) Notifíquese y con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al Tribunal de origen.

Néctor Guilebaldo De León Ramírez, Magistrado Presidente; Jorge Antonio Valladares Arévalo; Magistrado Vocal Primero; Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Vocal Segunda. Lilian Lissette Hidalgo López. Secretaria.

29/10/2018 – APELACION ESPECIAL
282-2018

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, veintinueve de octubre del año dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, para resolver el recurso de **Apelación Especial por motivo de Fondo, promovido por el procesado Luis Diego André Méndez Sal, auxiliado por el licenciado Luis Enrique Quiñónez Zeta, abogado defensor público, en contra de la sentencia de fecha cuatro de junio de dos mil dieciocho, dentro del proceso arriba identificado, dictada por el abogado Jorge Haroldo Vásquez Flores, Juez Unipersonal del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del municipio de Amatitlán, departamento de Guatemala, dentro del juicio oral y público seguido en contra de Luis Diego André Méndez Sal, por el delito de Extorsión.**

I. IDENTIFICACION DE LOS SUJETOS PROCESALES:

PROCESADO: Luis Diego André Méndez Sal, quien manifestó ser de veinte años de edad, soltero, mecánico en refrigeración automotriz, guatemalteco, originario de la ciudad capital y residente en la doce avenida, residenciales Valle de la Mariposa, municipio de Amatitlán, del departamento de Guatemala, actúa bajo la dirección y procuración del licenciado Luis Enrique Quiñónez Zeta, abogado defensor público, quien señaló como lugar para recibir notificaciones en décima calle, seis guión treinta y siete, zona uno, edificio Bearn, ciudad de Guatemala; **MINISTERIO PUBLICO:** Quien actuó por medio de su agente

fiscal asignado(a) José Víctor Girón Vásquez, quien señaló como lugar para recibir notificaciones en la sede de la octava calle, tres guión setenta y tres, zona uno, segundo nivel, ciudad de Guatemala, comunicaciones a los números de teléfono veintidós millones doscientos cinco mil ciento ochenta y nueve (22205189) al noventa y uno (91) y al correo electrónico impugnaciones@mp.gob.gt; **QUERELLANTE ADHESIVO:** No hay; y **TERCERO CIVILMENTE DEMANDADO:** No Hay.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

“...Con base a lo anteriormente considerado... el Juzgador al resolver DECLARA: I) Que el acusado LUIS DIEGO ANDRÉ MÉNDEZ SAL, es autor responsable del delito consumado de EXTORSIÓN. II) Que por la comisión de dicho ilícito penal, se le impone la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES, con abono a la efectivamente padecida desde su aprehensión, en el centro de detención que determine el Juez de Ejecución correspondiente...”

III: DE LOS PUNTOS DE LA SENTENCIA QUE SE IMPUGNAN: La apelante impugna los numerales romanos “I) y II)” de la parte resolutive de la sentencia impugnada.

IV. DEL HECHO ATRIBUIDO: Al procesado, se le atribuye el hecho, contenido en el memorial presentado en su oportunidad por el Ministerio Público, en el cual solicita la apertura a juicio penal y formula acusación en su contra.

V. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN: El procesado Luis Diego André Méndez Sal, auxiliado por el licenciado Luis Enrique Quiñonez Zeta, abogado defensor público, plantea recurso de apelación especial por **MOTIVO DE FONDO**, invocando como **único submotivo** la inobservancia del artículo 65 del Código Penal.

VI. DE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO: El recurso de Apelación Especial fue declarado admisible formalmente en resolución de fecha dieciséis de julio del año dos mil dieciocho.

VII. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA: La audiencia del debate fue fijada para el día dieciocho de octubre del año dos mil dieciocho, a las once horas con treinta minutos. El procesado Luis Diego André Méndez Sal, juntamente con el licenciado Luis Enrique Quiñonez Zeta, abogado defensor público y Ministerio Público por medio de su agente fiscal asignado, reemplazaron su participación por escrito.

Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día veintinueve de octubre del año dos mil dieciocho, a las catorce horas con cuarenta y cinco minutos.

CONSIDERANDO: -I-

La Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza que la defensa de la persona y de sus derechos que le son inherentes son inviolables, de tal manera que las garantías Judiciales, enmarcadas dentro de lo que se conoce como debido proceso legal, se toma la existencia de un órgano Judicial independiente, así como un conjunto de normas y principios que garanticen un proceso equitativo y en el que el imputado disponga de los medios adecuados para su defensa, entre los que se encuentra el derecho a recurrir el fallo, con la finalidad de que el tribunal superior proceda a revisar la sentencia que le causa agravio. El ámbito de conocimiento del Tribunal de Segunda Instancia quedará delimitado por la impugnación efectiva de las partes.

En consecuencia, el alcance del recurso quedará determinado por las pretensiones impugnatorias de las partes, ejercitadas en el trámite de interposición y fundamentación del recurso, impugnando aquellos pronunciamientos que les causan gravamen.

De esa cuenta, el artículo 421 del Código Procesal Penal, establece que el tribunal de apelación especial conocerá solamente de los puntos de la sentencia impugnada expresamente contenidos en el recurso. Asimismo el artículo 419 numeral Segundo del mismo texto legal preceptúa que el Recurso de Apelación Especial sólo podrá hacerse valer cuando la sentencia contenga cualquiera de los siguientes vicios: 1) De fondo: inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la ley y 2) De forma: inobservancia o errónea aplicación de la ley que constituya un defecto de procedimiento.

-II-

El procesado Luis Diego André Méndez Sal, auxiliado por el licenciado Luis Enrique Quiñonez Zeta, abogado defensor público, quien interpone Recurso de Apelación Especial por Motivo de FONDO en contra de la sentencia de fecha cuatro de junio de dos mil dieciocho, dictada por el Juez Sentenciador respectivo, invocando como único submotivo la inobservancia del artículo 65 del Código Penal; aduciendo que: *“...el juzgador entra a un análisis de conceptos respecto a un presunto daño causado que no es coherente con la prueba diligenciada,*

puesto que no se documentó en ningún momento la cancelación o cierre de la tienda denominada la bendición, o incluso el hecho de la exigencia bajo amenaza de un lucro injusto, lo cual es uno de los elementos del tipo penal del artículo 261 del código(sic) penal(sic) que se refiere al delito de Extorsión, por lo que tal circunstancia propia del tipo penal no debe ser utilizada para agravar la pena. En todo caso el juzgador da razón de que existen circunstancias que lo convencen que el sentenciado puede ser rehabilitado y reinsertado a la sociedad, resulta incoherente, que con elementos propios del delito de extorsión(sic) se fije una pena de ocho años de prisión, cuando la pena coherente a las circunstancias fijadas por el artículo 65 del código(sic) penal(sic), y la argumentación del juzgador correspondería a la pena mínima de seis años de prisión, y no ocho años... Es evidente que el contenido del artículo 65 del Código Penal, que es total obligación del que Juzga, en cuanto a consignar cada uno de los extremos que contiene esta norma, que sirven de fundamento en la imposición de la pena, no fueron satisfechos, puesto que de haberse observado el artículo 65 del código(sic) penal(sic) es evidente que la pena a imponer una vez no demostrada ninguna circunstancia adicional a los elementos propios del tipo penal aplicable, debió haber sido la mínima que en el presente caso, es de SEIS AÑOS DE PRISIÓN...". Por lo que solicita que se acoja el presente recurso de apelación especial, dictando la sentencia que en derecho corresponda.

-III-

Al realizar el estudio que en derecho corresponde del Recurso de Apelación Especial por Motivo de FONDO planteado por el procesado LUIS DIEGO ANDRÉ MÉNDEZ SAL quien invoca la Inobservancia del artículo 65 del Código Penal argumentando y al respecto ésta Sala advierte, que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, ha determinado que el referente básico para resolver un recurso de apelación especial por motivo de fondo, son los hechos que se han tenido por acreditados por el Tribunal de Sentencia.

De tal suerte que, la función de este Órgano Jurisdiccional se encuentra circunscrita a determinar si se realizó una debida adecuación de hechos a la figura típica aplicada, por lo cual, al analizarse el apartado de la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estima acreditado, se establece: "...Que usted, LUIS DIEGO ANDRÉ MÉNDEZ SAL, el veintidós de julio del dos mil diecisiete, a eso de las nueve con cuarenta horas, en la segunda calle seis guión ochenta y cuatro, Residenciales Valle de la Mariposa, municipio de Amatitlán, departamento de Guatemala, frente a

la tienda denominada La Bendición, fue sorprendido flagrantemente, cuando con el propósito de lograr un lucro injusto recibía del propietario (con nombre bajo reserva por riesgo) de la referida tienda; dentro de una bolsa de nylon color negro, la cantidad aparente de doscientos quetzales; tratándose en realidad de un paquete que contenía dos billetes de la denominación de cincuenta quetzales cada uno... y cuatro recortes de papel color café; mismos que usted le exigió bajo amenazas de que si no hacía efectivo lo eliminaría físicamente a él o algunos de sus trabajadores. Amenazas y cobros que usted y un acompañante venían realizando desde el once de abril del dos mil diecisiete, fecha en que exigían el pago ciento cincuenta quetzales recibiendo solamente veinte quetzales, ya que fue lo más que le pudieron entregar, advirtiéndole usted que debían de pagar la cantidad de doscientos quetzales, semanales de ahí en adelante; llegando nuevamente a bordo de una motocicleta, el trece de abril del dos mil diecisiete, pero ese día no cobró el dinero requerido sino bajo amenazas de muerte, con un arma de fuego que portaban(sic) obligó a los empleados de la tienda relacionada a que le entregaran la cantidad de ochocientos quetzales en efectivo y cuatrocientos quetzales en tarjetas para recarga de saldo celulares, dándose a la fuga posteriormente; regresando usted y su acompañante a bordo de una motocicleta, los días diecisiete y veinticuatro de abril del dos mil diecisiete, obligando a que el propietario de la tienda en mención, les entregara en cada oportunidad la cantidad de doscientos quetzales; retornando usted solamente, hasta el día de su detención...".

El recurrente aduce la inaplicación del artículo 65 del Código Penal el cual establece: "...El juez o tribunal determinará, en la sentencia la pena que corresponda entre el máximo y mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado, y las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberán consignar expresamente los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena...".

Este Tribunal de Alzada al respecto considera pertinente referirse a que el tribunal cuando emite su sentencia de condena, lo hace con fundamento en la prueba testimonial, documental y material que el ente acusador ofreciera para probar la participación y responsabilidad del sindicado en el delito a él endilgado de EXTORSION. Pues como se puede apreciar dentro de la prueba testimonial se encuentra

la declaración del agraviado cuya identidad se tuvo bajo reserva por cuestión de riesgo quien manifestó las constantes amenazas de muerte en contra de él y sus trabajadores.

Pues reiteradamente llegó varias oportunidades a su negocio con la finalidad de pedirle sumas de dinero y posteriormente recargas de teléfonos celulares. El juez “A quo” al imponer la pena al incoado tomó en cuenta la Teoría de la “Elasticidad de la Fijación de las Penas” la que comprende que el tribunal determinará la sanción que corresponde entre un máximo y un mínimo señalado por la ley para cada delito tomando en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciado, tanto por su número como por su entidad o importancia.

Esta teoría faculta a los jueces y tribunales a imponer las sanciones atendiendo lo previsto anteriormente. En el caso que nos ocupa se infiere que el juez a quo tomó en cuenta en la imposición de la pena que en el delito de Extorsión el bien jurídico tutelado es el patrimonio, pues le causó un perjuicio patrimonial a la víctima a través de exigencias extorsivas mediante el uso de la violencia material y psicológica, pues lo intimidó y le produjo amenazas de muerte.

Además es evidente que la extensión e intensidad del daño causado es sumamente grave, dadas las condiciones que rodean al hecho delictivo, del cual eran objeto el agraviado quien tenía su tienda como negocio.

Y es que en virtud de las extorsiones la violencia que se ha desatado en contra de las personas propietarias de residencias, transporte o de comercio para obtener el mal llamado “Impuesto”, que no es más que la extorsión que exigen grupos delincuenciales o personas individuales y jurídicas desestimulando este flagelo el desarrollo y crecimiento de nuestro país pues el delito de extorsión es de impacto social ya en Guatemala.

Se constata pues que en el presente caso el delito de EXTORSION por el cual fue condenado el sindicado es consecuencia de los medios de prueba aportados consistentes en prueba testimonial, documental y material aportados por el ente investigador y que se desarrollaron en el juicio oral y público y de conformidad con los hechos acreditados en el apartado respectivo de la sentencia.

Este Tribunal de Alzada considera que la conducta del acusado encuadra perfectamente en el delito de EXTORSION contemplado en el Artículo 261 del Código Penal pues fue evidente la declaración del testigo agraviado con datos reservados que muchas veces fue producto de extorsión pues era tanto su miedo que eran los trabajadores quienes entregaban las sumas de dinero exigidas.

Esta Sala aprecia la manera en que el juzgador “A quo” se refiere a las declaraciones de los testigos y agraviado a las cuales les otorga valor probatorio pues han sido congruentes con el planteamiento hipotético descrito en la Acusación sobre todo si se estima que es una descripción detallada y revestida de certeza, en la cual señala el lugar de los hechos, la hora de la aprehensión, la fecha de los hechos sometidos a juicio, la presencia del señor acusado practicando acciones ilícitas, llevando el detalle secuencial histórico de la forma en que LUIS DIEGO ANDRÉ MÉNDEZ SAL, percibe un enriquecimiento ilícito por medio de amenazas de muerte en contra de sus víctimas principalmente la víctima, permitiendo con lo descrito la comprensión de los diferentes hechos que concluyen en la aprehensión flagrante del acusado por parte de los agentes de la Policía Nacional Civil.

En el caso que nos ocupa en la plataforma fáctica del hecho por el cual el Ministerio Público acusó se determina en relación con los hechos acreditados que es grave causando al agraviado y otras personas consistentes en los trabajadores en la ahora inexistente Tienda La Bendición, puesto que en el lugar antes descrito durante varias semanas fueron sometidos a amenazas de ser eliminados, si en todo caso no cancelaban las cantidades requeridas, sin que mediara un motivo legítimo o razón justa, más bien existía un lucro injusto, con una exigencia de cantidad de dinero con tal violencia que generó temor y crisis que motivó a renunciaciones en el trabajo y el cierre de la misma tienda, afectando varios bienes jurídicos tutelados en el mismo hecho.

Sin que en algún momento el acusado reflexionara sobre condiciones de arrepentimiento en cuanto a su proceder. Como ya se mencionó las extorsiones son pago de erogaciones ilícitas que representan pérdidas cuantiosas a las personas ya sean en sus residencias o también las que operan en los medios de transportes o comercios, así como las pérdidas de vidas humanas las cuales constituyen un daño irreparable, porque no hay forma de reparar el menoscabo provocado para obtener el pago de dichos emolumentos a todas luces injustos, y que

se traducen en una de las principales causas de preocupación por el Estado de Guatemala en materia de seguridad y el actual estado de inestabilidad social que vive el país, por lo que la extensión e intensidad del daño causado por conductas desplegadas como el de la sindicada resulta siendo grave y de alto impacto para la justicia guatemalteca por lo que la pena impuesta al sindicado se encuentra ajustada a derecho y no debe rebajarse la misma.

Por todo lo anteriormente descrito no se acoge el presente submotivo y debe declararse SIN LUGAR el Recurso de Apelación Especial por Motivo de FONDO interpuesto por el procesado y por ende debe CONFIRMARSE la sentencia venida en grado y así debe resolverse.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES:

Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 1, 2, 4, 5, 8, 12, 13, 14, 17, 44, 46, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1 al 14, 20, 36, 41, 44, 53, 59, 60, 63, 65, 66, 68, 71, 72, 261 del Código Penal; 1 al 11 Bis, 14, 19, 43, 49, 51, 160 al 166, 181, 186, 193, 225, 226, 227, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 259, 320, 332, 332 Bis, 344, 363, 364, 385, 388, 389, 392, 394, 398, 399, 415 al 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 86 al 91, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

PORTANTO: Esta Sala, con base en lo considerado y leyes citadas, por **UNANIMIDAD RESUELVE:**

I) NO ACOGE el recurso de Apelación Especial por motivo de Fondo, promovido por el procesado Luis Diego André Méndez Sal, auxiliado por el licenciado Luis Enrique Quiñonez Zeta, abogado defensor público, por las razones antes indicadas. **II) Confirma** la sentencia de fecha cuatro de junio de dos mil dieciocho, dentro del proceso arriba identificado, dictada por el abogado Jorge Haroldo Vásquez Flores, Juez Unipersonal del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del municipio de Amatitlán, departamento de Guatemala, consecuentemente no sufre modificación alguna. **III)** La lectura del presente fallo, servirá de legal notificación a las partes, debiendo entregar copia del mismo a quien lo requiera. **IV)** Con certificación de lo resuelto, vuelvan los antecedentes al tribunal de origen. **V)** Notifíquese.

Néctor Guilebaldo De León Ramírez, Magistrado Presidente; Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Vocal I; Elisa Victoria Pellecer

Quijada, Magistrada Vocal II. Lilian Lissette Hidalgo López, Secretaria.

08/11/2018 - APELACION ESPECIAL
259-2018

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, ocho de noviembre del año dos mil dieciocho.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado, para resolver el recurso de Apelación Especial por motivo de Fondo, promovido por el Ministerio Público por medio de su agente fiscal asignada Olga Rubilia Monzón Soto, en contra de la sentencia de fecha ocho de mayo de dos mil dieciocho, dentro del proceso arriba identificado, dictada por el abogado Tyron Eduardo Ayala Ortiz, Juez Unipersonal del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del municipio de Villa Nueva, departamento de Guatemala, dentro del juicio oral y público seguido en contra de **Geyser Eduardo Lemus Cifuentes**, por el delito de *Promoción o Estimulo a La Drogadicción*; **José Manuel Cumez Canil**, por el delito de Tenencia o Portación de Arma de Fuego Con Número de Registro Alterado, Borrado o No Legalmente Marcada por la DIGECAM por el cual fue absuelto.

I. IDENTIFICACION DE LOS SUJETOS PROCESALES:

PROCESADO: a) **Geyser Eduardo Lemus Cifuentes**, quien manifestó ser de veintitrés años de edad, unido, transportista, guatemalteco, originario de la ciudad de Guatemala y residente en la novena avenida "A", veinticuatro guión cincuenta y nueve, colonia Santa Isabel II, del municipio de Villa Nueva, departamento de Guatemala, actúa bajo la dirección y procuración del licenciado Obdulio Saúl González Gómez, abogado defensor público, quien señaló como lugar para recibir notificaciones en la décima calle, seis guion treinta y siete, Edificio Bearn, zona uno, comunicaciones al correo electrónico ntguatemala.villanueva@idpp.gob.gt y al número de teléfono cincuenta y cuatro millones seiscientos setenta y cinco mil ciento ochenta y seis (54675186); b) **José Manuel Cumez Canil**, quien manifestó ser de dieciocho años de edad, soltero, ayuda a vender comida con su mamá dentro de una maquila, guatemalteco, originario

y residente en el Sector Luz y Esperanza, Santa Isabel II, zona tres del municipio de Villa Nueva, departamento de Guatemala, actúa bajo la dirección y procuración del licenciado Carlos Leonel Robles Pérez, abogado defensor público, quien señaló como lugar para recibir notificaciones en la décima calle, seis guion treinta y siete, Edificio Bearn, zona uno, ciudad de Guatemala, comunicaciones al número de teléfono sesenta y seis millones trescientos dieciséis mil ciento cuarenta y cinco (66316145) y al correo electrónico ntguatemala.villanueva@idpp.gob.gt; **MINISTERIO PÚBLICO:** Quien actuó por medio de su agente fiscal asignado(a) Olga Rubilia Monzón Soto, quien señaló como lugar para recibir notificaciones en la sede de la octava calle, tres guion setenta y tres, zona uno, segundo nivel, ciudad de Guatemala, comunicaciones al correo electrónico impugnaciones@mp.gob.gt y a los números de teléfono veintidós millones doscientos cinco mil ciento ochenta y nueve (22205189) al noventa y uno (91); **QUERELLANTE ADHESIVO:** No hay; y **TERCERO CIVILMENTE DEMANDADO:** No Hay.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

“...El infrascrito Juez con fundamento... Al resolver, DECLARA: i)... ii) Que absuelve, por atipicidad de la conducta, a JOSÉ MANUEL CUMEZ CANIL, del delito de TENENCIA O PORTACION DE ARMA DE FUEGO CON NUMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM...”

III: DE LOS PUNTOS DE LA SENTENCIA QUE SE IMPUGNAN: El apelante impugna el numeral romanos “II)” de la parte resolutive de la sentencia impugnada. **IV. DEL HECHO ATRIBUIDO:** Al procesado, se le atribuye el hecho, contenido en el memorial presentado en su oportunidad por el Ministerio Público, en el cual solicita la apertura a juicio penal y formula acusación en su contra.

V. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN: El Ministerio Público por medio de su agente fiscal asignada Olga Rubilia Monzón Soto, plantea Recurso De Apelación Especial por **MOTIVO DE FONDO**, invocando como único submotivo la inobservancia del artículo 129 de la Ley de Armas y Municiones.

VI. DE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO: El Recurso De Apelación Especial fue declarado admisible formalmente en resolución de fecha doce de julio del año dos mil dieciocho.

VII. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA: La audiencia del debate fue fijada para el día veinticinco de octubre del año dos mil dieciocho, a las once horas. El procesado José Manuel Cumez Canil, juntamente con el licenciado Carlos Leonel Robles Pérez, abogado defensor público y el Ministerio Público por medio de su agente fiscal asignado, reemplazaron su participación por escrito. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día ocho de noviembre del año dos mil dieciocho, a las catorce horas con treinta minutos.

CONSIDERANDO: -I-

La Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza que la defensa de la persona y de sus derechos que le son inherentes son inviolables, de tal manera que las garantías Judiciales, enmarcadas dentro de lo que se conoce como debido proceso legal, se toma la existencia de un órgano Judicial independiente, así como un conjunto de normas y principios que garanticen un proceso equitativo y en el que el imputado disponga de los medios adecuados para su defensa, entre los que se encuentra el derecho a recurrir el fallo, con la finalidad de que el tribunal superior proceda a revisar la sentencia que le causa agravio. El ámbito de conocimiento del Tribunal de Segunda Instancia quedará delimitado por la impugnación efectiva de las partes.

En consecuencia, el alcance del recurso quedará determinado por las pretensiones impugnatorias de las partes, ejercitadas en el trámite de interposición y fundamentación del recurso, impugnando aquellos pronunciamientos que les causan gravamen.

De esa cuenta, el artículo 421 del Código Procesal Penal, establece que el tribunal de apelación especial conocerá solamente de los puntos de la sentencia impugnada expresamente contenidos en el recurso. Asimismo el artículo 419 numeral Segundo del mismo texto legal preceptúa que el Recurso de Apelación Especial sólo podrá hacerse valer cuando la sentencia contenga cualquiera de los siguientes vicios: 1) De fondo: inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la ley y 2) De forma: inobservancia o errónea aplicación de la ley que constituya un defecto de procedimiento.

-II-

El Ministerio Público, por medio de su agente fiscal asignada Olga Rubilia Monzón Soto, quien interpone Recurso de Apelación Especial por Motivo

de FONDO en contra de la sentencia de fecha ocho de mayo de dos mil dieciocho, dictada por el Juez Sentenciador respectivo, invocando como único submotivo la Inobservancia del artículo 129, de la Ley de Armas y Municiones; aduciendo que: "... el A Quo dictó sentencia ABSOLUTORIA; pero al analizar la sentencia de una manera integral se establece que el procesado JOSÉ MANUEL CUMEZ CANIL al momento de su aprehensión tenía en su poder un arma de fuego... argumentando el Tribunal sentenciador que es improcedente tipificar la conducta del procesado en la norma establecida en el artículo 129 de la Ley de Armas y Municiones, en virtud que el arma que portaba el procesado no tenía aguja percutora y municiones al momento de su incautación, criterio que ésta representación no comparte en virtud que de conformidad a lo establecido en la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico ilícito(sic) de Armas de Fuego, municiones(sic) y Otros Materiales relacionados se entenderá por "Armas de fuego(sic)": a) cualquier arma que conste de por lo menos un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto, en el caso que nos ocupa la conformidad a la pericia desarrollada por el Inacif se establece que la evidencia incautada al procesado reúne las calidades de arma de fuego, de las siguientes características: tipo pistola, marca Astra, calibre nueve milímetros corto (380 auto) número de serie borrado... el Tribunal Aquo(sic) debió guardar coherencia en todo su contenido, de conformidad a la prueba desarrollada y hechos debidamente acreditados, en el caso que nos ocupa el Ministerio Público encuadro el hecho concreto ejecutado por el procesado en el delito de TENENCIA O PORTACION DE ARMA DE FUEGO CON NUMERO DE REGISTRO ALTERADO, BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADO POR LA DIGECAM y el Tribunal A QUO con la plataforma probatoria desarrollada, de manera tacita lo tuvo por acreditado si se analiza la sentencia de forma integral, sin embargo al momento de dictar la misma se extravió en sus argumentos al dictar una sentencia absolutoria, por la atipicidad de la conducta argumentando incluso que por no tener aguja percutora o municiones no puede ser considerada arma de fuego y de conformidad a la definición de arma que se encuentra vigente para nuestro país dicha circunstancia no es elemental para dejar de sancionar un delito de peligro, puesto que... así considerado todas las sentencias condenatorias dictadas por la portación de armas de fuego que no tuvieran municiones a criterio del A QUO debieron ser dictadas de manera absolutoria. Deviene procedente analizar que uno de los objetivos de legislar la ley de Armas y Municiones lo constituye ejercer el control de quienes portan armas para garantizar el debido respeto a la vida, la integridad, la libertad, la seguridad y justicia de todos los habitantes

de la República, como valores supremos inherentes al ser humano y reconocidos en la Constitución Política de la República de conformidad con el segundo considerando de la referida ley y el hecho que el percutor del arma incautada al procesado no se encontrara en perfectas condiciones no es condición sine qua non para que el arma no se utilizada para afectar o atentar en contra de la seguridad ciudadana, dado que el solo hecho de que un sujeto porte un arma de fuego con nuero(sic) de registro alterado, borrado o no legalmente marcado por la Digecam(sic) ya constituye una amenaza para cualquier ciudadano común que no está en condiciones de establecer si el arma se encuentra en buen o mal estado de funcionamiento aunado a que el delito realizado por el procesado se encuentra contenido en la doctrina como un delito de mera actividad, que se consuma con la realización de la acción por parte del procesado, es decir que no es necesario un resultado posterior, basta que el acusado JOSÉ MANUEL CUMEZ CANIL porte el arma de fuego con nuero(sic) de registro alterado... el delito se consuma independientemente del uso que le dé a la misma, razón por la cual su estado de funcionamiento deviene inverosímil para encuadrar se conducta en la norma tipo contenida en el artículo 129 de la Ley de armas(sic) y municiones(sic)... Evidentemente la norma tipo desde ningún punto de vista hacer referencia al funcionamiento del arma, y de acuerdo al contenido del citado artículo la conducta del procesado sin esfuerzo alguno encuadra en dicha conducta antijurídica puesto que el procesado portaba un arma de fuego en las condiciones descritas por la norma transgredida...". Por lo que solicita que se acoja el presente recurso de apelación especial, revoque la sentencia recurrida, resolviendo conforme a derecho.

-III-

Este Tribunal de Alzada al realizar el estudio que en derecho corresponde del Recurso de Apelación Especial por Motivo de FONDO planteado por el Ministerio Público a través de la abogada Olga Rubilia Monzón Soto Fiscal de Sección Adjunto con funciones en la Unidad de Impugnaciones del Ministerio Público con relación al documento sentencial que fue dictado por el Juez Unipersonal del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva del Departamento de Guatemala el ocho de mayo del dos mil dieciocho advierte, que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, ha determinado que el referente básico para resolver un recurso de apelación especial por motivo de fondo, son los hechos que se han tenido por acreditados por el tribunal de sentencia.

De tal suerte que, la función de este órgano Jurisdiccional se encuentra circunscrita a determinar si se realizó una debida adecuación de hechos a la figura típica aplicada, por lo cual al analizarse el apartado de la sentencia recurrida “...III) DE LA DETERMINACION PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DEL HECHO QUE EL JUEZ ESTIMA ACREDITADO. - Que el ocho de noviembre de dos mil diecisiete (08/11/2017) aproximadamente a las veinte horas con treinta minutos (20:30 horas), en la vía pública sobre la sexta avenida y sexta calle de San José de Villa Nueva zona dos del municipio de Villa Nueva y departamento de Guatemala, como referencia el poste de alumbrado público número “246903”... fue capturado el acusado GEYSER EDUARDO LEMUS CIFUENTES, flagrantemente por los agentes Fredy Oswaldo Flores Baten y Rony Magdiel Cortés González, ya que se le incautó hierba seca dispuesta en veinte bolsitas de nylon transparente con un peso neto de ciento cuarenta y ocho punto dos gramos (148.2 grs.) dentro de una mochila que portaba en la espalda, cuando conducía una motocicleta acompañado de JOSÉ MANUEL CUMÉZ CANIL quien también fue detenido; hierba a la que se le practicó prueba de campo orientando positivo para la droga denominada Marihuana. Con fecha veintinueve de diciembre del año dos mil diecisiete, se realizó la audiencia en calidad de anticipo de prueba, de reconocimiento judicial, análisis e incineración... de la droga que fue incautada, en la cual el perito Licenciado ROBERTO ALFONSO CASTILLO VALDEZ emitió oralmente concluyendo en un resultado positivo para la droga MARIHUANA, con un peso de CIENTO CUARENTA Y OCHO PUNTO DOS GRAMOS (148.2 GMS.)...”, se constata que los argumentos que utiliza la recurrente para hacer valer su inconformidad, los mismos carecen de asidero fáctico y jurídico, toda vez que dentro de los hechos acreditados que se describieron anteriormente, el juzgador “A quo” no hace ninguna relación a la conducta del procesado JOSÉ MANUEL CUMÉZ CANIL con respecto al arma que fue incautada.

Por lo que el pretender endilgar un comportamiento ilícito en contra del incoado CUMÉZ CANIL en Segunda Instancia resulta ilegal e incoherente pues como se puede observar dentro de los hechos acreditados únicamente resultó comprobada la acción ilícita del procesado GEYSER EDUARDO LEMUS CIFUENTES condenándolo por el delito de PROMOCION O ESTIMULO A LA DROGADICCIÓN.

De tal manera que el esfuerzo que hace el ente acusador en su medio recursivo con que al señor JOSE MANUEL CUMÉZ CANIL se le atribuya el ilícito penal de Tenencia o Portación De Arma De

Fuego Con Numero De Registro Alterado, Borrado o No Legalmente Marcado Por La DIGECAM, resulta ilegal y estéril, por lo que no debe acogerse el presente submotivo.---DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES: Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 1, 2, 4, 5, 8, 12, 13, 14, 17, 44, 46, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1 al 14, 20, 36, 41, 44, 53, 59, 60, 63, 65, 66, 68, 71, 72 del Código Penal; 38, 39, 40 y 49 de la Ley Contra la Narcoactividad; 129 de la Ley de Armas y Municiones; 1 al 11 Bis, 14, 19, 43, 49, 51, 160 al 166, 181, 186, 193, 225, 226, 227, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 259, 320, 332, 332 Bis, 344, 363, 364, 385, 388, 389, 392, 394, 398, 399, 415 al 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 86 al 91, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con base en lo considerado y leyes citadas, por **UNANIMIDAD RESUELVE:** **I) NO ACOGE el recurso de Apelación Especial por motivo de Fondo, promovido por el Ministerio Público por medio de su agente fiscal asignada Olga Rubilia Monzón Soto,** por las razones antes indicadas. **II) Confirma la sentencia de fecha ocho de mayo de dos mil dieciocho, dentro del proceso arriba identificado, dictada por el abogado Tyron Eduardo Ayala Ortiz, Juez Unipersonal del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del municipio de Villa Nueva, departamento de Guatemala,** consecuentemente no sufre modificación alguna. **III) La lectura del presente fallo, servirá de legal notificación a las partes, debiendo entregar copia del mismo a quien lo requiera. IV) Con certificación de lo resuelto, vuelvan los antecedentes al tribunal de origen. V) Notifíquese.**

Néctor Guilebaldo De León Ramírez, Magistrado Presidente; Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Vocal I; Elisa Victoria Pellecer Quijada, Magistrada Vocal II. Lilian Lisette Hidalgo López, Secretaria.

10/04/2017 - PENAL
501-2016

SALACUARTADELACORTEDEAPELACIONES DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE: Guatemala, diez de abril de dos mil diecisiete.

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, se procede a dictar sentencia de segundo grado que resuelve el Recurso de Apelación Especial, interpuesto por el procesado Héctor Geovani Siquibache Cruz, por motivo de fondo, con el auxilio del Abogado Defensor Público Juan Fernando Schaad Pérez, contra la sentencia de fecha uno de junio de dos mil dieciséis, dictada por la Jueza Unipersonal, Abogada Sandra Izabel Vargas Beza, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala, dentro del juicio oral seguido en su contra, por el delito de Extorsión.

I. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES:

Acusado: Héctor Geovani Siquibache Cruz, de veintiséis años de edad, casado con Reina Clarisa Xiloj Santos, labora como jardinero y como ayudante de albañil, al momento de ser detenido trabajaba como jardinero en Residenciales El Frutal, guatemalteco, nació el veintiocho de mayo de mil novecientos noventa en Amatitlán, con residencia en manzana dieciséis, lote uno, Colonia Marianita, zona seis de Villa Nueva, tiene tres hijos menores de edad, dependen económicamente de él su esposa e hijos. Su defensa está a cargo del Abogado Defensor Público Juan Fernando Schaad Pérez. El Ministerio Público actúa a través de la Agente Fiscal, Abogada Olga Azucena Martínez Domínguez. No hay querellante adhesivo, ni tercero civilmente demandado.

II. EXTRACTO DE LA SENTENCIA APELADA:

La Jueza Unipersonal, Abogada Sandra Izabel Vargas Beza, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala, DECLARÓ: "I) Que el acusado HÉCTOR GEOVANI SIQUIBACHE CRUZ, es autor responsable del delito de EXTORSION, regulado en el artículo 261 del Código Penal, cometido en contra del patrimonio de Ana Carolina Franco de Méndez y/O (sic) Ana Carolina Franco de Martínez, en consecuencia, se condena al Acusado por tal hecho antijurídico a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES, con abono de la efectivamente padecida;..."--III. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL: -El recurso de apelación especial, por motivo de fondo fue interpuesto por el procesado Héctor Geovani Siquibache Cruz, con el auxilio del Abogado Defensor Público Juan Fernando Schaad Pérez.

IV. DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA: La audiencia del debate fue fijada para el día veintinueve de marzo de dos mil diecisiete, a las doce horas. El Ministerio Público, a través de la Agente Fiscal, Abogada Olga Azucena Martínez Domínguez y el Abogado Defensor Juan Fernando Schaad Pérez, reemplazaron su participación en la audiencia señala, por escrito. Se difirió el pronunciamiento de la sentencia para el día diez de abril de dos mil diecisiete, a las quince horas.

CONSIDERANDO I:

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 12 manifiesta que el juzgamiento de las causas penales se debe regir por procedimientos preestablecidos, y es con la interposición de recursos legales y pertinentes que las partes buscan que se respete esa garantía del debido proceso que se traduce en un juicio justo, cualquiera que sea su pretensión como parte. El recurso de Apelación Especial, se encuentra en nuestro ordenamiento legal vinculado al valor "seguridad jurídica", como medio para subsanar los errores judiciales en el caso concreto, para satisfacer la necesidad social de la corrección de las decisiones judiciales y que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo. El derecho fundamental de recurrir el fallo ante un Tribunal superior, consiste en la facultad de desencadenar el control manifestado a través de mecanismos que permiten el dictado de un nuevo fallo integral o el control sobre la aplicación del Derecho y las condiciones de legitimidad del fallo, referidas a los límites impuestos por los principios dispositivos de limitación del conocimiento y de no reforma en perjuicio, que lo limitan a cuestiones jurídicas sustantivas y procesales que afectan la sentencia dictada en juicio oral y público.

CONSIDERANDO II:

El procesado Héctor Geovani Siquibache Cruz, interpone recurso de apelación especial por motivo de fondo, el cual se resume de la siguiente manera: Motivo de Fondo: Único submotivo: Errónea aplicación del artículo 10 del Código Penal.

Manifiesta el procesado que los presupuestos que determinan el delito de extorsión, no fueron probados en el debate oral y público, puesto que en el apartado de la valoración de la prueba lo único que se logra probar es su presencia en el lugar, pero se descartó su participación, ya que no recibió ningún paquete, según la declaración de la agraviada Ana Carolina Franco de Méndez y/o

Ana Carolina Franco de Martínez y Antonio Tomas Méndez, quienes son claros y contestes en indicar que a ellos no les consta haberlo visto recogiendo el paquete que el señor Tomas Méndez dejó en unos arbolitos del campo de Catalina, señalando el lugar específico, indicando ellos que la responsabilidad de la extorsión es de uno de sus empleados de nombre Wilman Fredy Alvarez Lopez y que inclusive a él si lo vieron en una bicicleta en el lugar de la entrega del paquete y que se les escapó a los agentes del operativo, aunado a lo anterior, afirma el procesado que la declaración de los agentes captores que intervinieron en el operativo Ingrid Marisol Villeda y Juan Carlos Ascarate Castillo, es contradictoria con la de la agraviada y su esposo, ya que ellos manifiestan que fue en un lugar diferente al señalado por el señor Tomas Méndez, que supuestamente se recogió el paquete y que se encontraba del otro lado del campo, cuando la realidad es otra, toda vez que la persona que se encontraba en las cercanías del lugar era su empleado Wilman Fredy Alvarez Lopez y que el agente Ascarate hace referencia de una bicicleta montañesa grande, diferente a la que él conducía, que Fredy Alvarez se les había escapado; por esa razón considera que injustamente lo detuvieron. Aunado a ello, indica el procesado que Wilman Fredy Alvarez Lopez en su declaración trató de responsabilizarlo a él, aduciendo que lo conoce y que su declaración es errática en los pasajes en los cuales se le cuestiona su participación, justificándola con supuestas amenazas de una tercera persona, pero que en el desarrollo del debate, declaró haber sido el responsable de la extorsión, acreditando lo declarado por la agraviada y su esposo y descargándolo de toda responsabilidad. A criterio del procesado, la inconsistencia estriba en que mientras el Ministerio Público lo acusa de ser responsable del hecho, los investigadores de la Policía Nacional Civil, la agraviada y su esposo afirman que fue Wilman Fredy Alvarez Lopez, el responsable de la extorsión; que Wilman afirma que proporcionó toda la información de sus jefes y que fue otra persona que llamó y a él lo mandaron a verificar la entrega del paquete y que ese día no se presentó a trabajar; declaraciones de las cuales se desprende que no existió exigencia al agraviado, ni entrega de dinero de éste a su persona. De lo anterior, según el procesado, se desprende que los hechos imputados a su persona, no llenan los presupuestos necesarios para que se dé la relación de causalidad de los hechos que se le imputan, aunado a ello, se dan los presupuestos para la aplicación del principio de favor rei. Por lo anterior, pretende que se acoja el recurso interpuesto, se anule la sentencia impugnada y se ordene el reenvío correspondiente.

CONSIDERANDO III:

En relación a las declaraciones aparentemente contradictorias entre los agentes investigadores de la Policía Nacional Civil y la agraviada y su esposo; cabe señalar que el testimonio no forma necesariamente un todo indivisible, un testigo puede muy bien equivocarse sobre algo y decir la verdad en lo demás, si fuere de manera distinta, la prueba no sería útil; por ello resulta insuficiente e inapropiado desacreditar un testimonio estimando que, por un error de detalle el testigo se equivocó en los restantes puntos. Es por ello que ante declaraciones contrarias, hay que preguntarse, si existe verdaderamente contradicción o si las divergencias pueden reducirse a diferencias de puntos de vista o de perspectiva porque las divergencias de detalle no impiden admitir los testimonios sobre puntos esenciales de informaciones, datos y circunstancias que concuerdan; adicionalmente se vuelve indispensable hacerle saber al acusado que la contradicción apelable o impugnante es aquella que surge, emerge o tiene su génesis en el razonamiento del Juzgador y no la de testigos pues la contradicción de ellos ya fue valorada y razonada, en congruencia con esto se tiene jurisprudencia de Cámara Penal, dentro del expediente número mil quinientos ochenta y siete guion dos mil doce (1587-2012) en sentencia de fecha diecinueve de noviembre del año dos mil doce (19/11/2012) expresa "...la contradicción impugnante es sólo la que aparece en los razonamientos que valoran los testimonios, no la que pueda manifestarse internamente a la declaración o entre varias declaraciones. La Sala observa correctamente esta diferencia cuando expresa que "el objeto de análisis lo constituyen los argumentos del tribunal y nunca lo informado o declarado por cada órgano probatorio..." El recurrente supone equivocadamente que la mera existencia de divergencias o contradicciones en los testimonio es razón suficiente para que se de una infracción al principio lógico de no contradicción, cuando que para tal efecto lo que debe demostrarse es que la contradicción existe al nivel del juicio de valoración emitido por el tribunal... los razonamientos del tribunal de sentencia no evidencian ninguna contradicción interna, y se hacen cargo de explicar razonadamente la valoración que se da a cada testimonio, a pesar de las contradicciones o imprecisiones que en ellos se encuentran..." esta Sala, al examinar las valoraciones y razonamientos de la Juzgadora Sentenciante, encuentra que sus razonamientos se derivan de lo escuchado en juicio, sobre circunstancias que fueron explicadas de manera coherente por la víctima Ana Carolina

Franco de Méndez y Antonio Tomas Méndez quienes, si bien es cierto señalan a un extrabajador de su fábrica como la persona que supuestamente trasladó información al acusado, también lo es que, fue el acusado la persona capturada al momento de recoger el paquete que contenía el dinero, y en razón de la detención en flagrancia, se da la existencia del nexo causal entre acciones realizadas y resultado criminoso tal como lo establece el artículo 10 del Código Penal, circunstancias que permiten también subsumir su conducta en calidad de autor dentro del tipo penal regulado en el artículo 261 del Código Penal. Los razonamientos expuestos muestran la improcedencia para acoger el recurso instado, por lo que este Tribunal de Alzada arriba a la conclusión que la sentencia impugnada debe permanecer incólume y así debe resolverse.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES:

Artículos citados y lo que para el efecto establecen los artículos: 12, 46, 47, 203, 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 1, 10, 14, 261 del Código Penal; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 Bis, 19, 43, 49, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 225, 226, 259, 320, 332, 332 Bis, 344, 346, 385, 389, 392, 398, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 425, 429, 430, 431, 432, 433 y 434 del Código Procesal Penal; 3, 15, 16, 45, 88, 141, 142, 143 y 147 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala, con fundamento en lo considerado y leyes citadas al resolver, por unanimidad, **DECLARA: I) NO ACOGE** el recurso de apelación especial, por motivo de fondo, interpuesto por el procesado Héctor Geovani Siquibache Cruz, con el auxilio del Abogado Defensor Público Juan Fernando Schaad Pérez, contra la sentencia de fecha uno de junio de dos mil dieciséis, dictada por la Jueza Unipersonal, Abogada Sandra Izabel Vargas Beza, del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Municipio de Villa Nueva, del Departamento de Guatemala; II) En consecuencia, la sentencia recurrida no sufre ninguna modificación. III) Notifíquese y con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al Tribunal de origen.

Néctor Guilebaldo de León Ramírez, Magistrado Presidente; Benicia Contreras Calderón Magistrada Vocal Primera; Jorge Antonio Valladares Arévalo, Magistrado Vocal Segundo; Lilian Lissette Hidalgo López. Secretaria.

SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES DE JALAPA

29/01/2019 - PENAL
259-2018

SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES DE JALAPA: JALAPA, VEINTINUEVE DE ENERO DE DOS MIL DIECINUEVE.

En nombre del pueblo de la República de Guatemala, se dicta sentencia en relación al Recurso de Apelación Especial interpuesto por **MOTIVOS DE FORMA Y FONDO** por el **Querellante Exclusivo ORLANDO RAUL LOPEZ SALGUERO** en contra de la resolución de fecha ocho de agosto de dos mil dieciocho, proferida por el Juez Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Jutiapa, Abogado Marco Tulio Locon Marroquin, dentro del proceso penal que se le instruye a **RODRIGO ALEXANDER CARRILLO SALGUERO** por el delito de **ESTAFa MEDIANTE CHEQUE**.

DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO: Interviene el Querellante Exclusivo Orlando Raúl López Salguero, quien es de los datos de identificación personal ya conocidos en autos.

ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA QUERRELLA: Al querellado **RODRIGO ALEXANDER CARRILLO SALGUERO**, se le atribuye el siguiente hecho: "Que usted **RODRIGO ALEXANDER CARRILLO SALGUERO**, el día veintiocho de junio del dos mil dieciocho, en la oficina profesional del Licenciado Orlando Raúl López Salguero, situada en la segunda avenida, cuatro guión once, de la zona uno, de esta ciudad de Jutiapa, municipio y departamento de Jutiapa, a las diez horas, en virtud que usted, le debía al Licenciado **ORLANDO RAÚL LÓPEZ SALGUERO**, la cantidad de **VEINTE MIL QUETZALES (Q. 20,000.00)**, en concepto de un préstamo, sin intereses, desde el veintiocho de mayo del dos mil dieciocho, convino que le pagaría la cantidad de **VEINTE MIL QUETZALES (Q.20,000.00)**, por lo que giró a nombre del Licenciado Orlando Raúl López Salguero, un cheque: Número cero cero cero cero cuatrocientos, por la suma de **VEINTE MIL QUETZALES (Q.20,000.00)**, de fecha

veintiocho de junio del dos mil dieciocho, del Banco de Desarrollo Rural, -BANRURAL-. Diciéndole al Licenciado Orlando Raúl López Salguero, que podría cobrar dicho cheque inmediatamente, por lo que este último, se dirigió a la agencia del Banco de Desarrollo Rural -BANRUAL-, agencia número quinientos cuatro, GASO Jutiapa, de la ciudad de Jutiapa, municipio y departamento de Jutiapa, el día veintiocho de junio del dos mil dieciocho, para la prestación y cobro del cheque descrito con anterioridad, llevándose la **inesperada sorpresa, que el cheque en relación fue rechazado por falta fondo**, como se comprueba con razón puesta en el mismo cheque en su reverso, por la misma institución bancaria, en la cual describe que el cheque en relación, **fue RECHAZADO POR: Falta fondos**, de fecha veintiocho de junio del dos mil dieciocho. Resultando por ende que **RODRIGO ALEXNADER CARRILLO SALGUERO**, estafo al Licenciado Orlando Raúl López Salguero, en su patrimonio pues giró dicho cheque sabiendo que el mismo, sería rechazado por falta de fondos; lo anteriormente expuesto tiene una calificación jurídica de acuerdo a nuestro Código Penal de **ESTAFA MEDIANTE CHEQUE, de conformidad con lo establecido en el artículo 268 de la citada ley.**"

PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO IMPUGNADO: El Juez Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Jutiapa, declaró: "I) SE DESESTIMA la querella presentada por ORLANDO RAUL LOPEZ SALGUERO en contra de RODRIGO ALEXANDER CARRILLO SALGUERO, por el delito de ESTAFA MEDIANTE CHEQUE, por lo ya considerado. II) Al estar firme el presente auto, se ordena entregar al presentado, el escrito y documentos presentados, sus copias y una copia de la presente resolución; III) Notifíquese, al presentado en el lugar señalado para tal efecto."

RECEPCIÓN DEL PROCESO EN ESTA SALA: Con fecha veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, fue recibido en esta Sala el proceso penal supra identificado, en el cual obra el recurso de apelación especial planteado y que fuera debidamente descrito al inicio de la presente sentencia. Por lo que habiéndose cumplido con los requisitos de tiempo, argumentación, fundamentación y protesta se admitió para su trámite el mismo, poniendo las actuaciones en la secretaría del tribunal para su examen por los interesados.

DE LA AUDIENCIA DE CELEBRACIÓN DEL DEBATE: Se señaló audiencia para el día quince

enero de dos mil diecinueve a las catorce horas, a la cual no asistió el Querellante Exclusivo Orlando Raúl López Salguero, pero se constata en autos que aparece el memorial de reemplazo, el cual fue recibido en esta Sala dentro del plazo y con las formalidades que la ley establece, en el cual se expresó con relación al recurso planteado y el mismo corren agregado a los autos.

CONSIDERANDO: El recurso de apelación especial está previsto en nuestro ordenamiento procesal penal como un medio para impugnar bajo ciertos presupuestos las sentencias de los tribunales de juicio, limitándolo a la cuestión puramente jurídica, es decir que el mismo tiene por objeto la revisión por parte del tribunal de apelación de la interpretación y aplicación que de la ley hagan los tribunales correspondientes, definiendo y valorando jurídicamente los elementos de convicción establecidos en la sentencia, poniéndolos en congruencia con la norma, por lo que este recurso sólo procede para corregir el derecho, ya sea sustantivo o procesal, escapando al control jurisdiccional las cuestiones de hecho. Como consecuencia de lo anterior, en esta instancia no se puede hacer mérito de la prueba puesto que el tribunal de alzada no participa en el debate que es el acto procesal en el que se genera la misma. Así mismo la legislación procesal penal preceptúa que el tribunal de apelación se pronunciará únicamente sobre los puntos expresamente impugnados y básicamente sobre el análisis de las normas ya sea sustantivas o procesales que denuncien infringidas por quien recurre, por lo que de proceder el recurso por motivos de fondo, anulará la sentencia recurrida y dictará la que corresponda y si se tratare de motivos de forma y de proceder el mismo, anulará la sentencia y el acto procesal impugnados y enviará el expediente al tribunal respectivo para que emita nueva sentencia corrigiendo los errores señalados.

CONSIDERANDO: El Querellante Exclusivo Orlando Raúl López Salguero, interpuso recurso de apelación por motivos de forma y fondo indicando:

PRIMER MOTIVO DE FORMA: Inobservancia del artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, argumenta que es evidente que la resolución objeto del presente recurso, es totalmente carente de una correcta motivación, argumentación y fundamentación, puesto que el juzgador indica que su querella no cumple con lo preceptuado en el artículo 332 Bis del Código Procesal Penal. Resulta fácil, de la simple lectura de su memorial de querella que llena todos y cada uno de los cinco requisitos establecido en dicha

norma legal, a saber contiene los datos que sirven para identificar o individualizar al imputado y el lugar para que sea notificado; relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se le atribuye y su calificación jurídica; los fundamentos resumidos a la imputación, con expresión de los medios de investigación utilizados y que determinen la probabilidad de que el imputado cometió el delito por el cual se acusa; la calificación jurídica del hecho punible, razonándose el delito que cada uno de los individuos ha cometido, la forma de participación, el grado de ejecución y las circunstancias agravantes o atenuantes aplicables así como la indicación del tribunal competente para el juicio, por lo que resulta fácil establecer que el juez de primer grado en la resolución objeto de apelación no realiza el estudio intelectual necesario ya que no motiva, argumenta ni fundamenta en forma debida su resolución. El agravio que le ocasiona la resolución impugnada es que se le impide ejercer el derecho de ejercitar en acción privada la persecución penal en contra de RODRIGO ALEXANDER CARRILLO SALGUERO, causando con ello un grave daño a su patrimonio.

SEGUNDO MOTIVO DE FORMA: Errónea aplicación del artículo 332 Bis del Código Procesal Penal. Indica que de la simple lectura de la norma legal aplicada en forma errónea por el juez aquo, se puede establecer que la misma no es atinente al caso, ni al fundo por el cual el juzgador desestimó la querella, puesto que en su argumentación el juzgador no indica que norma del Código Penal invoca para desestimar su querella, puesto que indica que de la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se le atribuye, se desprende que el hecho no es constitutivo del delito. Que la desestimación de una querella aplicando este precepto legal, sería única y exclusivamente en el caso, que el memorial que contiene la querella, no llene todos y cada uno de los cinco requisitos establecidos en dicha norma, para poder darle trámite y n para establecer si el hecho punible es o no constitutivo de delitos. El agravio consiste en que se viola el debido proceso, puesto que con una norma procedimental, se establece la inexistencia de un delito.

UNICO MOTIVO DE FONDO: inobservancia del artículo 268 del Código Penal. Argumenta concretamente que en el presente caso no se trata de establecer el motivo por el cual fue girado a su nombre el cheque por el querellado, sino que se tiene que juzgar la acción contenida en el artículo 268 del Código Penal, es lo que se debe juzgar en el presente caso, la defraudación en su patrimonio por parte del señor Rodrigo Alexander Carrillo Salguero,

quien le giró como pago el cheque que constituye el fundamento fáctico de su querella, con la intensión de lesionar su patrimonio, puesto que dicho querellado, estaba consciente que al momento de su presentación para cobro ese cheque no tendría fondos, puesto que no procuró que la cuenta propiedad del cheque estuviera provista de fondos necesarios para su pago a la fecha que se indica en dicho título de crédito. El juzgador se aparta de la naturaleza de la presente acción, puesto que deja de aplicar la norma contenida en el artículo 268 del Código Penal, no obstante estar claramente establecido y probado el delito cometido por el querellado. El agravio que le ocasiona consiste en que se le impide realizar en acción privada la persecución penal en contra del señor Rodrigo Alexander Carrillo Salguero quien clara y evidentemente defraudó su patrimonio y a su persona al haberle girado como pago de una deuda contraída, un cheque sin la debida provisión de fondos, evidenciado con dicha actitud su mala fe y la premeditación de defraudarlo.

CONSIDERANDO: Del estudio del recurso de apelación especial presentado por el señor Orlando Raúl Lopez Salguero en contra de la resolución que deniega el trámite de la querella por el delito de Estafa Mediante Cheque planteando dos motivos de forma y uno de fondo, esta Sala al entrar a resolver y luego de la revisión de las actuaciones y agravios señalados, indica:

Del primero motivo de forma, el cual se plantea por inobservancia del artículo 11 Bis argumentando que el A quo, no fundamentó el por qué del rechazo, sin embargo al revisar la resolución del juzgador, se establece claramente que el juez de la lectura de la querella infiere que la misma se trata de la cancelación de una deuda, no de un pago per se, de ahí que el juez justifica y fundamenta en ese hecho el rechazo de la querella presentada, esta Sala establece de forma clara que el juzgador basa su resolución en la narrativa que el mismo querellante hace, hemos de recordar que en este tipo de procesos la querella hace las veces de acusación y para que sea admitida debe ser clara precisa y circunstanciada y establecerse en dicho escrito que se llenen los elementos del tipo penal que se juzga, en el presente caso el A quo establece que no se llenan los mismos, por lo que en derecho y en base a las potestades que la ley le confiere, rechaza y desestima la querella presentada.

Del segundo motivo de forma, se plantea por errónea aplicación del artículo 332 del Código Procesal Penal, al respecto esta Sala parte de

analizar el artículo citado el cual indica: “Vencido el plazo concedido para la investigación, el fiscal deberá formular la acusación y pedir la apertura del juicio. También podrá solicitar, si procediere, el sobreseimiento o la clausura y la vía especial del procedimiento abreviado cuando proceda conforme a este Código. Si no lo hubiere hecho antes, podrá requerir la aplicación de un criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal. La etapa intermedia tiene por objeto que el juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo o para verificar la fundamentación de las otras solicitudes del Ministerio Público.” Tal como lo indicamos en el primer motivo de forma la querrela de acción privada constituye un escrito de Acusación y para dar trámite al mismo se hace necesario que se cumpla con los elementos propios del escrito y que el hecho constituya delito, en el presente caso la fundamentación es la correcta pues el artículo citado es el que establece los elementos de la Acusación y al no contener esta la narración de un hecho que pueda constituir un delito, es menester rechazarla liminalmente. En cuanto al motivo de fondo se plantea por inobservancia del artículo 268 del Código Penal y en la narrativa nos lleva a entender que se trata de una apelación en la que se invoca la existencia de una relación de causalidad entre el hecho que se sindicó y el delito por el cual se juzga, al respecto el mismo juzgador indica que es evidente que el cheque no fue un pago, sino una garantía por una deuda, el artículo que se invoca como inobservado indica: “Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su presentación” de los elementos de este tipo penal podemos extraer, a) la entrega del cheque; b) dar el cheque en pago; y c) que el cheque no tenga provisión de fondos, los elementos a y c tal como el A quo lo indica se cumplen, pero el b) que refiere a dar el cheque en pago, no se cumple pues ese acto de pagar es la extinción de un negocio jurídico, en el presente caso se paga una deuda y el cheque se refiere a una garantía, de ahí que ese elemento del pago tal como lo hace ver el juzgador no está contenido en el relato factico y por consiguiente el agravio señalado no existe, debiendo ser rechazado este motivo.

LEYES APLICABLES: Artículos 12, 203, 204 y 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5, 10, 11, 11bis, 16, 20, 43 numeral 7), 49, 160, 178, 415, 418, 419, 421, 425,

427, 429, 430, del Código Procesal Penal; 88 literal b), 141 literal c), 142 143, 147 y 148 de la Ley del Organismo Judicial.

PARTE RESOLUTIVA: Esta Sala, de conformidad a lo considerado y leyes citadas, al resolver, por unanimidad, declara: **I) NO ACOGE** el Recurso de Apelación Especial interpuesto por MOTIVOS DE FORMA Y FONDO por el Querellante Exclusivo ORLANDO RAUL LOPEZ SALGUERO en contra de la resolución de fecha ocho de agosto de dos mil dieciocho, proferida por el Juez Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Jutiapa. Como consecuencia se CONFIRMA la sentencia impugnada. **II)** Con la lectura del presente fallo en la audiencia fijada para el efecto, las partes quedarán legalmente notificadas, debiéndose entregar copia a quienes lo soliciten y si no concurrieren a la audiencia de la lectura, se les deberá notificar la misma en el lugar señalado por cada una. **III)** Con certificación de lo resuelto, vuelvan los antecedentes al tribunal de origen.

Uriás Eliazar Bautista Orozco, Magistrado Presidente, Romeo Monterrosa Orellana, Magistrado Vocal Primero; Neslie Guisela Cárdenas Bautista, Magistrada Vocal Segunda. Luz Marleny Castañaza López de Hernández. Secretaria.

29/01/2019 - PENAL
257-2018

SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES DE JALAPA: JALAPA, VEINTINUEVE DE ENERO DE DOS MIL DIECINUEVE.

En nombre del pueblo de la República de Guatemala, se dicta sentencia en relación al Recurso de Apelación Especial por Motivos de Forma y Motivo de Fondo, interpuesto por el Querellante Exclusivo **ORLANDO RAÚL LÓPEZ SALGUERO**, en contra de la resolución de seis de julio de dos mil dieciocho, dictada por el Juez Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Jutiapa, dentro de la Querrela que se instruyó en contra de **RAFAEL HUMBERTO ORDÓÑEZ QUINÓNEZ y/o RAFAEL ORDÓÑEZ QUINÓNEZ**, por el delito de **ESTAFAS MEDIANTE CHEQUE**.

DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO: Interviene el querellante exclusivo **RAFAEL HUMBERTO ORDOÑEZ QUIÑONEZ** quien es de los datos de identificación personal ya conocidos en autos. El Querellante exclusivo actuó bajo la dirección y procuración del Abogado Chuenfel López Castañeda. **ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA QUERRELLA FORMULADA A RAFAEL HUMBERTO ORDOÑEZ QUIÑONEZ y/o RAFAEL ORDOÑEZ QUIÑONEZ**, se le atribuye el siguiente hecho: “Que usted **RAFAEL HUMBERTO ORDOÑEZ QUIÑONEZ y/o RAFAEL ORDOÑEZ QUIÑONEZ**, el día cuatro de octubre del dos mil diecisiete, llegó a la oficina jurídica profesional del licenciado **ORLANDO RAÚL LÓPEZ SALGUERO**, situada en la segunda avenida, cuatro guión once, de la zona uno, de esta ciudad de Jutiapa, municipio y departamento de Jutiapa, a las diez horas, diciéndole al Licenciado **ORLANDO RAÚL LÓPEZ SALGUERO**, que tenía una urgencia económica y que necesitaba la cantidad de **VEINTE MIL QUETZALES (Q. 20,000.00)** accediendo el Licenciado **ORLANDO RAÚL LÓPEZ SALGUERO**, en su mejor voluntad de ayudarlo y en buena fe, a proporcionárselos, en efectivo y sin intereses, por lo que usted **RAFAEL HUMBERTO ORDOÑEZ QUIÑONEZ y/o RAFAEL ORDOÑEZ QUIÑONEZ**, convino que le pagaría el cuatro de diciembre del dos mil diecisiete, la cantidad de **VEINTE MIL QUETZALES (Q.20,000.00)**, por lo que le giró a nombre del Licenciado **ORLANDO RAÚL LÓPEZ SALGUERO**, un cheque: Número cero cero cero cero cero diez, por la suma de **VEINTE MIL QUETZALES (20,000.00)**, de fecha cuatro de diciembre del dos mil diecisiete, del **BANCO INDUSTRIAL, S.A.**, de la cuenta a nombre de **RAFAEL ORDOÑEZ QUIÑONEZ**, número de cuenta cuatrocientos catorce guión cero cero dos mil quinientos ochenta y ocho guión cinco (414-002588-5) Diciéndole al Licenciado **ORLANDO RAÚL LÓPEZ SALGUERO**, que podría cobrar dicho cheque inmediatamente, por lo que este último, se dirigió a la Agencia del **BANCO INDUSTRIAL, S.A.** Agencia Jutiapa, de la ciudad de Jutiapa, del municipio y departamento de Jutiapa, el día seis de diciembre del dos mil diecisiete, para la presentación y cobro del cheque descrito con anterioridad, llevándose la inesperada sorpresa, que el cheque en relación fue rehusado el pago por no tener fondos disponibles a su presentación, como se comprueba con razón puesta en el mismo cheque lado reverso y también en boleta en la cual consta que el cheque en relación fue **REHUSADO EL PAGO**, emitida por la misma institución bancaria, ambos de fecha seis de diciembre del dos mil diecisiete, las cuales explican

que el cheque en relación fue **REHUSADO EL PAGO POR**: no tener fondos disponibles a su presentación. Resultando por ende que **RAFAEL HUMBERTO ORDOÑEZ QUIÑONEZ y/o RAFAEL ORDOÑEZ QUIÑONEZ**, estafó al Licenciado **ORLANDO RAÚL LÓPEZ SALGUERO**, en su patrimonio pues giró cheque sabiendo que el mismo, sería rehusado por falta de fondos; lo anteriormente expuesto tiene una calificación jurídica de acuerdo a nuestro Código Penal de **ESTAFA MEDIANTE CHEQUE**, de conformidad con lo establecido en el artículo 268 de la citada ley.”

PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO IMPUGNADO: El Juez Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Jutiapa, al resolver, **DECLARÓ:** “I) **SE DESESTIMA** la querella presentada por **ORLANDO RAUL LOPEZ SALGUERO** en contra de **RAFAEL HUMBERTO ORDOÑEZ QUIÑONEZ y/o RAFAEL ORDOÑEZ QUIÑONEZ**, por el delito de **ESTAFA MEDIANTE CHEQUE**, por lo ya considerado; II) Al estar firme el presente auto, se ordena entregar al presentado, el escrito y documentos presentados, sus copias y una copia de la presente resolución; III) Notifíquese, al presentado en el lugar señalado para tal efecto.”

DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL: Con fecha veinticinco de octubre de dos mil dieciocho fue recibido en esta Sala el proceso penal supra identificado, por Recurso de Apelación Especial descrito al principio de la presente sentencia, y al haberse cumplido con los requisitos de tiempo, argumentación, fundamentación y protesta se admitió para su trámite el mismo, poniendo las actuaciones en la secretaría del tribunal para su examen por los interesados.

DE LA AUDIENCIA DE CELEBRACIÓN DEL DEBATE DE APELACIÓN ESPECIAL: Se señaló audiencia para el día quince de enero de dos mil diecinueve, a las doce horas, a la cual no asistió el querellante exclusivo, pero se constata que reemplazó su participación a la misma mediante el memorial respectivo, presentado dentro del término y con las formalidades que la ley establece, en donde expresó los argumentos relacionados con el recurso planteado el cual corre agregado a la pieza de segunda instancia respectiva.

CONSIDERANDO: El recurso de apelación especial está previsto en nuestro ordenamiento procesal penal como un medio para impugnar

bajo ciertos presupuestos las sentencias de los tribunales de juicio, limitándolo a la cuestión puramente jurídica, es decir que el mismo tiene por objeto la revisión por parte del tribunal de apelación de la interpretación y aplicación que de la ley hagan los tribunales correspondientes, definiendo y valorando jurídicamente los elementos de convicción establecidos en la sentencia, poniéndolos en congruencia con la norma, por lo que este recurso sólo procede para corregir el derecho, ya sea sustantivo o procesal, escapando al control jurisdiccional las cuestiones de hecho. Como consecuencia de lo anterior, en esta instancia no se puede hacer mérito de la prueba puesto que el tribunal de alzada no participa en el debate que es el acto procesal en el que se genera la misma. Así mismo la legislación procesal penal preceptúa que el tribunal de apelación se pronunciará únicamente sobre los puntos expresamente impugnados y básicamente sobre el análisis de las normas ya sea sustantivas o procesales que denuncien infringidas por quien recurre, por lo que de proceder el recurso por motivos de fondo, anulará la sentencia recurrida y dictará la que corresponda y si se tratare de motivos de forma y de proceder el mismo, anulará la sentencia y el acto procesal impugnados y enviará el expediente al tribunal respectivo para que emita nueva sentencia corrigiendo los errores señalados.

CONSIDERANDO: El Querellante Exclusivo Rafael Humberto Ordoñez Quiñonez, se alzó en contra de lo resuelto e interpuso recurso de apelación especial por motivos de forma indicando como **PRIMER MOTIVO DE FORMA:** La inobservancia del artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, manifestando en su argumentación que la resolución impugnada carece totalmente de una correcta fundamentación, argumentación en los hechos por los cuales se desestima la querella que planteara en contra de RAFAEL HUMBERTO ORDOÑEZ QUIÑONEZ Y/O RAFAEL ORDOÑEZ QUIÑONEZ. Es evidente que la resolución objeto del presente recurso, es totalmente carente de una correcta motivación, argumentación y fundamentación, puesto que el juzgador indica que su querella no cumple con lo preceptuado en el artículo 332 Bis del Código Procesal Penal. Resulta fácil, de la simple lectura de su memorial de querella que llena todos y cada uno de los cinco requisitos establecidos en dicha norma legal, a saber, contiene los datos que sirven para identificar o individualizar al imputado y el lugar para que sea notificado; relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se le atribuye y su calificación jurídica; los fundamentos resumidos de la imputación, con expresión de los medios

de investigación utilizados y que determinan la probabilidad de que el imputado cometió el delito por el cual se acusa; la calificación jurídica del hecho punible, razonándose el delito que cada uno de los individuos ha cometido, la forma de participación, el grado de ejecución y las circunstancias agravantes o atenuantes aplicables así como la indicación del tribunal competente para el juicio, por lo que resulta fácil establecer que el juez de primer grado en la resolución objeto de apelación, no realiza el estudio intelectual necesario, ya que no motiva, argumenta ni fundamenta en forma debida su resolución. **AGRAVIO:** El agravio que le ocasiona la resolución impugnada es que se le impide ejercer el derecho de ejercitar en acción privada le persecución penal en contra de RAFAEL HUMBERTO ORDOÑEZ QUIÑONEZ Y/O RAFAEL ORDOÑEZ QUIÑONEZ, causando con ello un grave daño a su patrimonio. **SEGUNDO MOTIVO DE FORMA:** La errónea aplicación del artículo 332 del Código Procesal Penal. Se aplica erróneamente el artículo 332 Bis del Código Procesal Penal, puesto que se utiliza para desestimar la querella que entablara en contra de RAFAEL HUMBERTO ORDOÑEZ QUIÑONEZ Y/O RAFAEL ORDOÑEZ QUIÑONEZ, no obstante que la misma cumple con todos y cada uno de los requisitos establecido en dicha norma. De la simple lectura de la norma legal aplicada en forma errónea por el Juez a quo, se puede establecer que la misma no es atinente al caso, ni al fondo por el cual el juzgador desestimó la querella, puesto que en su argumentación el juzgador no indica que norma del Código Penal invoca para desestimar su querella, puesto que indica que de la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye, se desprende que el hecho no es constitutivo de delito. La desestimación de una querella aplicando este precepto legal, sería única y exclusivamente en el caso que el memorial que contiene la querella, no llene todos y cada uno de los cinco requisitos establecido en dicha norma, para poder darle trámite y no para establecer si el hecho punible es o no es constitutivo de un delito. **AGRAVIO:** El agravio consiste en que se viola el debido proceso, puesto que con una norma procedimental, se establece la inexistencia de un delito. **UNICO MOTIVO DE FONDO:** La inobservancia del artículo 268 del Código Penal, mismo que se plantea en virtud que en la resolución objeto del presente recurso el juzgador dejó de aplicar el artículo 268 del Código Penal, no obstante que se aportaron los elementos facticos y legales que hacen viable la querella entablada en contra de RAFAEL HUMBERTO ORDOÑEZ QUIÑONEZ Y/O RAFAEL ORDOÑEZ QUIÑONEZ. **ARGUMENTACIÓN:** El honorable

Juez Unipersonal de Sentencia Penal del departamento de Jutiapa, en la resolución objeto del presente recurso literalmente indica: "... se determina que la querella no cumple con lo que para el efecto señala el artículo 332 Bis del Código Procesal Penal, esto porque: De la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye se desprende que el hecho no constituye delito, en virtud de lo indicado en dicha relación de hechos, que el señor Rafael Humberto Ordoñez Quiñónez y/o Rafael Ordoñez Quiñónez el día cuatro de octubre de dos mil diecisiete, llegó a la oficina jurídica profesional del licenciado Orlando Raúl López Salguero, diciéndole que tenía una urgencia económica y que necesitaba la cantidad de VEINTE MIL QUETZALES (Q. 20,000.00) accediendo el Licenciado Orlando Raúl López Salguero, en su mejor voluntad de ayudarlo y en buena fe a proporcionárselos, en efectivo y sin intereses por lo que el señor Rafael Humberto Ordoñez Quiñónez y/o Rafael Ordoñez Quiñónez convino que le pagaría el veinte de diciembre de dos mil diecisiete la cantidad de VEINTE MIL QUETZALES (Q. 20,000.00), por lo que giró a nombre del Licenciado Orlando Raúl López Salguero, un cheque, lo cual considera el juzgador que tales hechos revisten las características de una deuda, ya que si bien existe una acción no resulta típica, de acuerdo a lo que se relaciona a los hechos de la presente querella en virtud de que el cheque fue dado en garantía de una deuda. Por lo que al no llenar la querella de mérito los requisitos requeridos mencionados deviene procedente de resolver lo que en derecho corresponde. En el presente caso, no se trata de establecer el motivo por el cual fue girado a su nombre el cheque por el querellado, sino que se tiene que juzgar la acción contenida en el artículo 268 del Código Penal, que indica: Quien defraudare a otro dándole el pago de un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su presentación, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales, esto es lo que se debe juzgar en el presente caso, la defraudación en su patrimonio por parte del señor RAFAEL HUMBERTO ORDOÑEZ QUIÑONEZ Y/O RAFAEL ORDOÑEZ QUIÑONEZ, quien le giró como pago el cheque que constituye el fundamento fáctico de su querella, con la intensión de lesionar su patrimonio, puesto que dicho querellado, estaba consiente que al momento de su presentación para cobro ese cheque no tendría fondos, puesto que no procuró que la cuenta propiedad del cheque estuviera provista de los fondos necesarios para su pago a la fecha que se indica en dicho título de crédito. El juzgador se

aparta de la naturaleza de la presente acción, puesto que deja de aplicar la norma contenida en el artículo 268 del Código Penal, no obstante estar claramente establecido y probada el delito cometido por el querellado. AGRAVIO: Consiste en que se le impide realizar en acción privada la persecución penal en contra del señor RAFAEL HUMBERTO ORDOÑEZ QUIÑONEZ Y/O RAFAEL ORDOÑEZ QUIÑONEZ, quien clara y evidentemente defraudo su patrimonio y a su persona al haberle girado como pago de una deuda contraída, un cheque sin la debida provisión de fondos, no obstante haber tenido dos meses para proveer de fondos la cuenta monetaria propietaria del cheque girado, evidenciando con dicha actitud su mala fe y la premeditación defraudarlo.

CONSIDERANDO: Estimaciones de la Sala: El apelante plantea apelación especial POR dos submotivos de forma, el primero por Inobservancia del Artículo 11 Bis del Código Procesal Penal; el segundo por Errónea Aplicación del artículo 332 del Código Procesal Penal y el de fondo por inobservancia del artículo 268 del Código Penal. En los dos submotivos de forma y de fondo el apelante argumenta los mismo hechos; en el submotivo de forma argumenta la errónea aplicación del artículo 332 bis del Código Procesal Penal pero no indica que artículo debe aplicarse; así mismo en contra de lo resuelto por el Juez de Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos Contra El Ambiente de Jutiapa, señalando que la resolución del a quo es carente de una correcta motivación, argumentación y fundamentación puesto que el juzgador indica que la querella no cumple con lo preceptuado en el artículo 332 del Código Procesal Penal. En ese sentido los que conocemos en alzada advertimos que el a quo realizó una argumentación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible en su resolución, si bien es cierto que, el que entregare a otro un cheque sin tener fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo, puede estar realizando el elemento objetivo del tipo de estafa mediante cheque. En el presente caso, se da ese elemento objetivo, pero tal situación se redefine por la siguiente circunstancia: a) existe documento de crédito en donde se garantiza la deuda a través de un cheque que fue girado a nombre del licenciado Orlando Raúl López Salguero. Ello quería decir que, el cheque fue entregado como garantía como lo afirma el propio querellante; pero como se indica en su escrito en la relación de los hechos se establece que el señor Rafael Humberto Ordoñez Quiñónez y/o Rafael Ordoñez Quiñónez llegó a la oficina jurídica del Licenciado Orlando Raúl López Salguero diciéndole que tenía una urgencia

económica y que necesitaba la cantidad de veinte mil quetzales accediendo el profesional del derecho en su mejor voluntad de ayudarlo y en buena fe a proporcionárselo en efectivo, sin intereses y que le giró el deudor un cheque a nombre del querellante y de tales hechos revisten las características de una deuda. De aquí se desprende que, pese al carácter autónomo del título de crédito emitido, resultaría ocioso continuar con el juicio penal si todo se reduce al pago de una con garantía y ello, eliminaría de antemano el elemento subjetivo del tipo que es la defraudación. El dolo ciertamente se presume, pero admite prueba en contrario, como sucede en el presente caso, y sin éste, el delito no se construye. La prejudicialidad surge en consecuencia, porque para construir el delito de estafa mediante cheque el querellante previamente debe hacer efectivas las garantías otorgadas, y sólo si fuera insuficiente para cubrir la deuda, la emisión de esos cheques constituiría el delito de estafa, recogido en el artículo 268 del Código Penal.

LEYES APLICABLES: Artículos: 12, 203, 204 y 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 3, 5, 10, 11, 11Bis, 16, 20, 43 numeral 6), 49, 160, 178, 385, 415, 418, 419, 421, 425, 427, 429 y 430 del Código Procesal Penal; 88 literal b), 141 literal c), 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial.

PARTE RESOLUTIVA: Esta Sala, de conformidad a lo considerado y leyes citadas, al resolver, por unanimidad, declara: I) **NO ACOGE** el recurso de apelación especial por **MOTIVOS DE FORMA Y MOTIVOS DE FONDO** interpuesto por el Querellante Exclusivo **ORLANDO RAÚL LÓPEZ SALGUERO**, en contra de la resolución penal de fecha seis de julio de dos mil dieciocho, dictada por el Juez Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Jutiapa. II) Consecuentemente, la sentencia penal venida en grado queda invariable en su íntegro contenido; III) Con la lectura del presente fallo en la audiencia fijada para el efecto, las partes quedarán legalmente notificadas, debiéndose entregar copia a quienes lo soliciten y si no concurrieren a la audiencia de la lectura, se les deberá notificar la misma en el lugar señalado por cada una. IV) Notifíquese, y con certificación de lo resuelto, devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen.

Urías Eliazar Bautista Orozco, Magistrado Presidente, Romeo Monterrosa Orellana, Magistrado Vocal Primero; Neslie Guisela Cárdenas Bautista, Magistrada Vocal Segunda. Luz Marleny Castañaza López de Hernández. Secretaria.

29/01/2019 - PENAL
220-2018

SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES DE JALAPA: JALAPA, VEINTINUEVE DE ENERO DE DOS MIL DIECINUEVE.

En nombre del pueblo de la República de Guatemala, se dicta sentencia en relación al Recurso de Apelación Especial interpuesto por **MOTIVOS DE FORMA Y FONDO** por el **Querellante Exclusivo FABIAN ANIBAL GUERRA SANTOS** en contra de la resolución de fecha trece de julio de dos mil dieciocho, proferida por el Juez Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Jutiapa, Abogado Marco Tulio Locon Marroquin, dentro del proceso penal que se le instruye a **EDGAR ALBERTO DONADO SALGUERO Y/O EDGAR DONADO** por el delito de **ESTAFA MEDIANTE CHEQUE**.

DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO: Interviene el Querellante Exclusivo Fabian Anibal Guerra Santos, quien es de los datos de identificación personal ya conocidos en autos.

ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA QUERRELLA: Al querellado **EDGAR ALBERTO DONADO SALGUERO y/o EDGAR DONADO**, se le atribuye el siguiente hecho: "Que usted **EDGAR ALBERTO DONADO SALGUERO y/o EDGAR DONADO**, el día seis de octubre del dos mil diecisiete, en su lugar de trabajo, aldea El Chival, municipio de El Progreso, departamento de Jutiapa, beneficio de arroz Agroindustria "DOS", (carretera asfaltada que conduce del municipio de El Progreso, Jutiapa, hacia la aldea Cuesta del Guayabo, del municipio de Santa Catarina Mita, Jutiapa), a las diez horas, en virtud de arreglo extrajudicial que se realizó con **FABIÁN ANIBAL GUERRA SANTOS**, convino que le pagaría la cantidad de **OCHOCIENTOS MIL QUETZALES (Q.800.000.00)**, deuda que tenía con el señor **FABIÁN ANIBAL GUERRA SANTOS**, ya que usted recibió por más de un año, granos básico consistentes en: Cuatro mil quintales de arroz a doscientos quetzales cada quintal, producto que asciende a **OCHOCIENTOS MIL QUETZALES (Q.800.000.00)**, por lo que giró a nombre de **FABIÁN ANIBAL GUERRA SANTOS** el cheque: Número cero cero cero cero un mil quinientos sesenta y tres, por la suma de **OCHOCIENTOS**

MIL QUETZALES (Q.800.000.00), de fecha seis de octubre del dos mil diecisiete, del Banco de Desarrollo Rural -BANRURAL-; Diciéndole al señor **FABIÁN ANIBAL GUERRA SANTOS**, que podría cobrar dicho cheque inmediatamente, por lo que este último, se dirigió a la Agencia del Banco de Desarrollo Rural -BANRURAL-, agencia ciento cincuenta y dos, auto banco, de la cabecera municipal de El Progreso, departamento de Jutiapa, el nueve de octubre del dos mil diecisiete, para la presentación y cobro del cheque en mención, llevándose la inesperada sorpresa, que el cheque en relación fue Rechazado Por: Falta de Fondos, como se comprueba con razón puesta por la agencia bancaria del Banco de Desarrollo Rural - BANRURAL-, agencia ciento cincuenta y dos, auto banco, de la cabecera municipal de El Progreso, departamento de Jutiapa, en tal cheque, con fecha nueve de octubre del dos mil diecisiete; la cual explica que el cheque en relación fue **RECHAZADO POR: FALTA DE FONDOS**. Resultando por ende que el señor **EDGAR ALBERTO DONADO SALGUERO y/o EDGAR DONADO**, estafo al señor **FABIÁN ANIBAL GUERRA SANTOS**, en su patrimonio pues giró dicho cheque sabiendo que el mismo, no tenía fondos a su presentación, estafándolo descaradamente; lo anteriormente expuesto tiene una calificación jurídica de acuerdo a nuestro Código Penal de **ESTAFA MEDIANTE CHEQUE**, de conformidad con lo establecido en el artículo 268 de la citada ley."

PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO IMPUGNADO: El Juez Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Jutiapa, declaró: "I) SE DESESTIMA la querrela presentada por **FABIAN ANIBAL GUERRA SANTOS** en contra de **EDGAR ANIBAL DONADO SALGUERO Y/O EDGAR DONADO**, por el delito de **ESTAFA MEDIANTE CHEQUE**, por lo ya considerado. II) Al estar firme el presente auto, se ordena entregar al presentado, el escrito y documentos presentados, sus copias y una copia de la presente resolución; III) Notifíquese, al presentado en el lugar señalado para tal efecto."

RECEPCIÓN DEL PROCESO EN ESTA SALA: Con fecha veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho, fue recibido en esta Sala el proceso penal supra identificado, en el cual obra el recurso de apelación especial planteado y que fuera debidamente descrito al inicio de la presente sentencia. Por lo que habiéndose cumplido con los requisitos de tiempo, argumentación, fundamentación y protesta se admitió para su trámite el mismo, poniendo las

actuaciones en la secretaría del tribunal para su examen por los interesados.

DE LA AUDIENCIA DE CELEBRACIÓN DEL DEBATE: Se señaló audiencia para el día quince enero de dos mil diecinueve a las catorce horas, a la cual no asistió el Querellante Exclusivo Fabian Anibal Guerra Salguero, pero se constata en autos que aparece el memorial de reemplazo, el cual fue recibido en esta Sala dentro del plazo y con las formalidades que la ley establece, en el cual se expresó con relación al recurso planteado y el mismo corren agregado a los autos.

CONSIDERANDO: El recurso de apelación especial está previsto en nuestro ordenamiento procesal penal como un medio para impugnar bajo ciertos presupuestos las sentencias de los tribunales de juicio, limitándolo a la cuestión puramente jurídica, es decir que el mismo tiene por objeto la revisión por parte del tribunal de apelación de la interpretación y aplicación que de la ley hagan los tribunales correspondientes, definiendo y valorando jurídicamente los elementos de convicción establecidos en la sentencia, poniéndolos en congruencia con la norma, por lo que este recurso sólo procede para corregir el derecho, ya sea sustantivo o procesal, escapando al control jurisdiccional las cuestiones de hecho. Como consecuencia de lo anterior, en esta instancia no se puede hacer mérito de la prueba puesto que el tribunal de alzada no participa en el debate que es el acto procesal en el que se genera la misma. Así mismo la legislación procesal penal preceptúa que el tribunal de apelación se pronunciará únicamente sobre los puntos expresamente impugnados y básicamente sobre el análisis de las normas ya sea sustantivas o procesales que denuncien infringidas por quien recurre, por lo que de proceder el recurso por motivos de fondo, anulará la sentencia recurrida y dictará la que corresponda y si se tratare de motivos de forma y de proceder el mismo, anulará la sentencia y el acto procesal impugnados y enviará el expediente al tribunal respectivo para que emita nueva sentencia corrigiendo los errores señalados.

CONSIDERANDO: El Querellante Exclusivo **FABIAN ANIBAL GUERRA SANTOS**, interpuso recurso de apelación por motivos de forma y fondo indicando:

PRIMER MOTIVO DE FORMA: Inobservancia del artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, argumenta que es evidente que la resolución objeto del presente recurso, es totalmente carente de una correcta

motivación, argumentación y fundamentación, puesto que el juzgador indica que su querella no cumple con lo preceptuado en el artículo 332 Bis del Código Procesal Penal. Resulta fácil, de la simple lectura de su memorial de querella que llena todos y cada uno de los cinco requisitos establecido en dicha norma legal, a saber contiene los datos que sirven para identificar o individualizar al imputado y el lugar para que sea notificado; relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se le atribuye y su calificación jurídica; los fundamentos resumidos a la imputación, con expresión de los medios de investigación utilizados y que determinen la probabilidad de que el imputado cometió el delito por el cual se acusa; la calificación jurídica del hecho punible, razonándose el delito que cada uno de los individuos ha cometido, la forma de participación, el grado de ejecución y las circunstancias agravantes o atenuantes aplicables así como la indicación del tribunal competente para el juicio, por lo que resulta fácil establecer que el juez de primer grado en la resolución objeto de apelación no realiza el estudio intelectual necesario ya que no motiva, argumenta ni fundamenta en forma debida su resolución. El agravio que le ocasiona la resolución impugnada es que se le impide ejercer el derecho de ejercitar en acción privada la persecución penal en contra de **EDGAR ALBERTO DONADO SALGUERO Y/O EDGAR DONADO**, causando con ello un grave daño a su patrimonio.

SEGUNDO MOTIVO DE FORMA: Errónea aplicación del artículo 332 Bis del Código Procesal Penal. Indica que de la simple lectura de la norma legal aplicada en forma errónea por el juez aquo, se puede establecer que la misma no es atinente al caso, ni al fondo por el cual el juzgador desestimó la querella, puesto que en su argumentación el juzgador no indica que norma del Código Penal invoca para desestimar su querella, puesto que indica que de la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se le atribuye, se desprende que el hecho no es constitutivo del delito. Que la desestimación de una querella aplicando este precepto legal, sería única y exclusivamente en el caso, que el memorial que contiene la querella, no llene todos y cada uno de los cinco requisitos establecidos en dicha norma, para poder darle trámite y no para establecer si el hecho punible es o no constitutivo de delitos. El agravio consiste en que se viola el debido proceso, puesto que con una norma procedimental, se establece la inexistencia de un delito.

UNICO MOTIVO DE FONDO: Inobservancia del artículo 268 del Código Penal. Argumenta

concretamente que en el presente caso no se trata de establecer el motivo por el cual fue girado a su nombre el cheque por el querellado, sino que se tiene que juzgar la acción contenida en el artículo 268 del Código Penal, es lo que se debe juzgar en el presente caso, la defraudación en su patrimonio por parte del señor Edgar Alberto Donado Salguero y/o Edgar Donado, quien le giró como pago el cheque que constituye el fundamento fáctico de su querella, con la intención de lesionar su patrimonio, puesto que dicho querellado, estaba consciente que al momento de su presentación para cobro ese cheque no tendría fondos. El juzgador se aparta de la naturaleza de la presente acción, puesto que deja de aplicar la norma contenida en el artículo 268 del Código Penal, no obstante estar claramente establecido y probado el delito cometido por el querellado. El agravio que le ocasiona consiste en que se le impide realizar en acción privada la persecución penal en contra del señor Edgar Alberto Donado Salguero y/o Edgar Donado, quien clara y evidentemente defraudó su patrimonio y a su persona al haberle girado como pago de una deuda contraída, un cheque sin la debida provisión de fondos, evidenciando con dicha actitud su mala fe y la premeditación de defraudarlo.

CONSIDERANDO: El apelante **FABIAN ANIBAL GUERRA SANTOS**, por medio de su abogado defensor **ORLANDO RAÚL LÓPEZ SALGUERO** interpone recurso de apelación especial **POR MOTIVO DE FORMA Y FONDO** en contra de la resolución de fecha trece de julio de dos mil dieciocho dictada por el Juez Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Jutiapa.

PRIMER MOTIVO DE FORMA: Inobservancia del artículo 11 Bis del Código Procesal Penal. Argumenta el apelante que la resolución impugnada carece de una correcta fundamentación, argumentación y fundamentación en los hechos por los cuales se desestima la querella al indicar el a quo que la querella no cumple con lo establecido en el artículo 332 Bis del Código Procesal Penal expresando que se razonó el delito que cada uno de los individuos ha cometido, la forma de participación, el grado de ejecución y las circunstancias agravantes o atenuantes aplicables así como la indicación del tribunal competente para el juicio, manifestando que el Juez no realiza el estudio intelectual necesario, ya que no motiva, argumenta ni fundamenta en forma debida su resolución.

Los requisitos de la motivación son: a) Expresa, al ser la motivación un medio para controlar el

iter lógico seguido para dictar la sentencia, es imperativo que se remita al hecho de la acusación y la relación de la prueba analizada para establecer su relación con el mismo; b) Clara: el lenguaje que se utilice en la motivación de la sentencia debe ser comprensible para aquellos que la lean o escuchen; c) Completa: La motivación o fundamentación debe referirse a todos y cada uno de los puntos objeto del juicio penal y a todos y cada uno de los aspectos que justifican la decisión. Es decir, debe tratar sobre cuestiones previas, existencia del delito, responsabilidad penal, calificación jurídica del delito, pena a imponer, responsabilidad civil, costas y todos los demás extremos que determine la ley de la materia; d) Legítima: Las resoluciones judiciales, como la sentencia, han de fundarse en prueba legítima, ya que si su fundamento se encuentra en prueba ilegal o ilegítima automáticamente carecerá de legitimación la sentencia.

La siguiente parte conducente de la resolución de fecha trece de julio del dos mil dieciocho dictada por el a quo establece: “ que el hecho no constituye delito en cuanto a que el señor Edgar Alberto Donado Salguero y/o Edgar Donado el día seis de octubre de dos mil diecisiete, en su lugar de trabajo realizó arreglo extrajudicial con Fabian Anibal Guerra Santos, ello porque recibió por más de un año granos básicos cuatro mil quintales de arroz a doscientos quetzales cada quintal y en virtud de dicha deuda el señor Edgar Alberto Donado Salguero y/o Edgar Donado giró a nombre de Fabian Anibal Guerra Santos, un cheque en garantía de la deuda que originó la presente querella, lo cual considera el Juzgador que tales hechos revisten de las características de una deuda, ya que si bien existe una acción de entregar un cheque sin la debida provisión de fondos para su pago esta acción no resulta típica, de acuerdo a lo que se menciona en la relación de los hechos de la presente querella, en virtud que el cheque fue dado en garantía de la deuda”, Se estima conveniente acotar: La falta de motivación debe ser siempre de tal entidad que el fallo resulte privado de razones suficientes y aptas para justificar el dispositivo respecto de cada una de las cuestiones de la causa. Efectivamente, constituye un Principio Constitucional dirigido al aseguramiento de la recta administración de justicia; sin embargo, el dispositivo legal castiga con nulidad la falta de motivación, únicamente cuando ésta falta. La obligación de razonar o fundamentar la sentencia constituye una exigencia legal y es a la vez una garantía de control sobre la decisión judicial, la lógica y práctica, para prevenir la arbitrariedad judicial y las imprecisiones y valoraciones subjetivas,

que en muchas ocasiones se limitan a enumerar la prueba producida o describirla, cuando deben explicar cuáles son las razones por las que arriban a esa conclusión

Esta Sala luego del análisis de la sentencia apelada, argumentos del apelante y lo antes transcrito considera que la motivación del a quo es expresa, toda vez que la motivación se refiere al hecho imputado al procesado, es clara, porque su lenguaje es comprensible, es completa porque se refiere a todos y cada uno de los puntos objeto del juicio penal, que definen la decisión, por último es legítima porque el a quo realiza el análisis sobre prueba evidentemente aprobada; advirtiendo esta Sala que el a quo explica de manera clara y precisa los motivos por los cuales considera que la querella planteada por el Querellante Exclusivo Fabian Anibal Guerra Santos por medio de su abogado defensor antes referido, debe ser desestimada. Por lo antes analizado esta Sala considera que el a quo si observó el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal.

Por lo antes analizado no debe acogerse el recurso de apelación interpuesto, por este motivo dictándose la resolución que en derecho corresponde.

SEGUNDO MOTIVO DE FORMA: Errónea aplicación del artículo 332 Bis del Código Procesal Penal. Argumenta el apelante que el a quo en su argumentación no indica que norma del Código Penal invoca para desestimar la querella, puesto que indica que de la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye, se desprende que el hecho no es constitutivo de delito, considerando que la desestimación de querella sería únicamente en caso que el memorial que contiene la querella, no llene todos y cada uno de los cinco requisitos de forma establecidos en dicha norma, para poder darle trámite.

Se advierte que el querellante **FABIAN ANIBAL GUERRA SANTOS**, en su memorial de planteamiento de la querella relacionada ante el a quo en su parte conducente establece: “LA RELACION CLARA, PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DEL HECHO PUNIBLE QUE SE LE ATRIBUYE Y SU CALIFICACIÓN JURÍDICA. Al querellado EDGAR ALBERTO DONADO SALGUERO y/o EDGAR DONADO, el día seis de octubre del dos mil dieciséis...en virtud de arreglo extrajudicial que se realizó con FABIAN ANIBAL GUERRA SANTOS, convino que la pagaría la cantidad de OCHOCIENTOS MIL QUETZALES (Q. 800,000.00), deuda que tenía con el señor FABIAN ANIBAL

GUERRA SANTOS, ya que usted recibió por más de un año, granos básicos por lo que giró a nombre de FABIAN ANIBAL GUERRA SANTOS el cheque: Número por la suma de OCHOCIENTOS MIL QUETZALES (Q. 800,000.00), de fecha seis de octubre del dos mil diecisiete, del Banco.-BANRURAL- por lo que éste último, se dirigió a la Agencia del Banco -BANRURAL-, el nueve de octubre del dos mil diecisiete, para la presentación y cobro del cheque en mención que el cheque en relación fue Rechazado Por : Falta de fondos, lo anteriormente expuesto tiene una calificación jurídica de ESTAFA MEDIANTE CHEQUE, de conformidad con lo establecido en el artículo 268 de la citada ley.” Asimismo la siguiente parte conducente de la resolución de fecha trece de julio del dos mil dieciocho dictada por el a quo establece: “que el hecho no constituye delito en cuanto a que el señor Edgar Alberto Donado Salguero y/o Edgar Donado el día seis de octubre de dos mil diecisiete, en su lugar de trabajo realizó arreglo extrajudicial con Fabian Anibal Guerra Santos, ello porque recibió por más de un año granos básicos ... cuatro mil quintales de arroz a doscientos quetzales cada quintal y en virtud de dicha deuda el señor Edgar Alberto Donado Salguero y/o Edgar Donado giró a nombre de Fabian Anibal Guerra Santos, un cheque en garantía de la deuda que originó la presente querella, lo cual considera el Juzgador que tales hechos revisten de las características de una deuda, ya que si bien existe una acción de entregar un cheque sin la debida provisión de fondos para su pago esta acción no resulta típica, de acuerdo a lo que se menciona en la relación de los hechos de la presente querella, en virtud que el cheque fue dado en garantía de la deuda....”,

Esta Sala luego del análisis de la resolución impugnada, argumentos del apelante y lo antes transcrito, considera que en la resolución impugnada el a quo da los motivos por los cuales considera que el hecho imputado al señor **EDGAR ALBERTO DONADO SALGUERO Y/O EDGAR DONADO** no constituye delito, expresando el a quo que si bien es cierto, existió una acción de entregar el cheque sin fondos, para su pago, manifiesta que dicha acción no resulta típica, con lo indicado en la relación de los hechos de la querella planteada por el apelante, expresando que el cheque referido fue girado por una deuda en garantía. Que el a quo en su motivación da las razones de manera congruente y clara por las cuales considera que la acusación planteada carece de claridad y precisión, por lo cual decide dictar la resolución correspondiente. Por lo antes referido esta Sala considera que el a quo no inobservó el artículo 332 Bis del Código Procesal Penal.

Por lo antes analizado no se deberá acoger el motivo planteado.

ÚNICO MOTIVO DE FONDO: Inobservancia del artículo 268 del Código Penal. Argumenta el apelante que en el presente caso no se trata de establecer el motivo por el cual fue girado a su nombre el cheque por el querellado, sino que se tiene que juzgar la acción contenida en el artículo 268 del Código Penal, que la defraudación de su patrimonio por parte del señor Edgar Alberto Donado Salguero y/o Edgar Donado, quien le giró como pago el cheque constituye el fundamento de la querella, con la intención de lesionar su patrimonio, no obstante de estar claramente establecido y probado el delito cometido por el querellado, de haber tenido dos meses para proveer de fondos la cuenta monetaria propietaria del cheque girado.

Esta Sala luego del análisis de la sentencia apelada, argumentos del apelante y lo antes transcrito considera que de conformidad con el hecho imputado al procesado **EDGAR ALBERTO DONADO SALGUERO y/o EDGAR DONADO** el seis de octubre del dos mil diecisiete, en donde se indica que por arreglo extrajudicial el señor **FABIAN ANIBAL GUERRA SANTOS**, convino que le pagaría la cantidad de OCHOCIENTOS MIL QUETZALES (Q. 800,000.00), por deuda que tenía con el señor **FABIAN ANIBAL GUERRA SANTOS**, ya que el señor Donado Salguero y/o Donado recibió por más de un año, granos básicos por lo que giró a nombre de **FABIAN ANIBAL GUERRA SANTOS** el cheque referido en autos por la suma de OCHOCIENTOS MIL QUETZALES (Q. 800,000.00), de lo antes referido esta Sala advierte que el a quo en su motivación indica que dicha cantidad monetaria era a consecuencia de una deuda que contrajo el señor Donado Salguero y/o Donado del señor Guerra Santos, con el querellante por haber recibido por más de un año granos básicos, advirtiendo que el a quo hace su razonamiento de manera precisa y contundente sobre las razones por las cuales considera que el cheque referido anteriormente fue girado en garantía de la deuda que originó la presente querella. Por lo antes referido esta Sala no considera que el a quo haya inobservado el artículo 268 del Código Penal.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES:

Artículos: 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 11 Bis, 92, 107, 116, 117, 118, 119, 120, 151, 160 al 168, 272, 332, 332bis, 342, 344, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410 del Código Procesal Penal; 268 del Código Penal 141, 142, 142 bis y 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala con fundamento en lo considerado y leyes citadas; **RESUELVE:** I) **NO ACOGE** el Recurso de Apelación Especial interpuesto por el apelante FABIAN ANIBAL GUERRA SANTOS, por medio de su abogado defensor ORLANDO RAÚL LÓPEZ SALGUERO por **MOTIVO DE FORMA Y FONDO** en contra de la resolución de fecha trece de julio de dos mil dieciocho dictada por el Juez Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Jutiapa. II) **CONFIRMA** la resolución elevada en grado. III) Con la lectura del presente fallo en la audiencia fijada para el efecto, las partes quedarán legalmente notificadas, debiéndose entregar copia a quienes lo soliciten y si no concurrieren a la audiencia de la lectura, se les deberá notificar la misma en el lugar señalado por cada una. IV) Con certificación de lo resuelto, vuelvan los antecedentes al tribunal de origen.

Urías Eliazar Bautista Orozco, Magistrado Presidente, Romeo Monterrosa Orellana, Magistrado Vocal Primero; Neslie Guisela Cárdenas Bautista, Magistrada Vocal Segunda. Luz Marleny Castañaza López de Hernández. Secretaria.

31/01/2019 - PENAL
219-2018

SALA REGIONAL MIXTA DE LA CORTE DE APELACIONES DE JALAPA: JALAPA, TREINTA Y UNO DE ENERO DE DOS MIL DIECINUEVE.

En nombre del pueblo de la República de Guatemala se dicta sentencia en relación al recurso de Apelación Especial que por **MOTIVO DE FONDO** interpuso el MINISTERIO PUBLICO a través del Agente Fiscal de la Unidad de Impugnaciones abogado Carlos Salvador Espinosa Castañeda, en contra de la sentencia de fecha veintiséis de junio de dos mil dieciocho, dictada por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Jalapa, dentro del proceso que por el delito de **ASESINATO** se instruyó en contra de CESAR AUGUSTO MALDONADO GUDIEL y/o CESAR AUGUSTO MALDONADO CAMPOS.

DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO:

El procesado CESAR AUGUSTO MALDONADO GUDIEL y/o CESAR AUGUSTO MALDONADO CAMPOS, quien es de datos de identificación

personal que constan en autos. **ACUSÓ:** El Ministerio Público a través de la Agente Fiscal Abogada Carmen Leonor Maldonado Cámara de Vásquez. **DEFENSA:** abogado Axel Samael Espino Martínez, del Instituto de la Defensa Pública Penal. No se constituyó Querellante Adhesivo, Actor Civil ni Tercero Civilmente Demandado.

ENUNCIACION DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACION FORMULADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO:

“Usted CESAR AUGUSTO MALDONADO GUDIEL, el día dieciocho de marzo del año dos mil dos, a las quince horas con cincuenta y cinco minutos, aproximadamente, cuando el señor Álvaro Cermeño Campos, caminaba en el lugar conocido como el Chagüitón de la Laguna, situado en la aldea la Laguna del municipio de Atescatempa, del departamento de Jutiapa, en un camino que se encuentra paralelo a un río que hay en el lugar; usted con el ánimo de quitarle la vida a la referida persona, le dio alcance portando en la mano un machete corvo y le dijo que lo iba a matar porque anteriormente le había ocasionado heridas con arma blanca a su papá y sin darle la oportunidad a su víctima de poder defenderse, usted le pegó un primer machetazo en el cuello, acción que continuó realizando en repetidas ocasiones con la referida arma blanca, provocándole heridas en diferentes partes del cuerpo, cayendo su víctima dentro del agua, falleciendo en el lugar como consecuencia de las heridas causadas por usted con el arma blanca tipo machete las que según informe contenido en oficio número doscientos noventa y siete – dos mil dos (297-2002) de fecha diecinueve de marzo de dos mil dos, suscrito por Doctor Julio César Maldonado González, Médico Forense Departamental, son las siguientes: a) Herida cortocontundente en occipital con fractura expuesta, b) Herida cortocontundente que va de temporal izquierdo a lateral izquierdo de nariz, fractura expuesta de temporal izquierdo; c) Herida cortocontundente que va de maxilar inferior a derecho de mentón, fractura de maxilar y de piezas dentales inferiores izquierdas; d) Herida cortocontundente que va de mentón a anterior de cuello, e) Herida cortocontundente en anterior de cuello, semidecapitación, d) Herida cortocontundente en hombro izquierdo, fractura de cabeza de húmero izquierdo, e) Herida cortocontundente en anterior de tórax a nivel de tetillas, f) Herida cortocontundente que va de codo izquierdo a tercio medio de antebrazo izquierdo, g) Herida cortocontundente cara externa de mano

izquierda, fractura expuesta de artejos, amputación de segundo y quinto dedo mano derecha; luego de realizar esta acción usted escapó del lugar, llevando en la mano el machete corvo con el cual le quitó la vida a su víctima”.

PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO IMPUGNADO:

El Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Jalapa por unanimidad resolvió: “I) Que el acusado **CESAR AUGUSTO MALDONADO GUDIEL y/o CESAR AUGUSTO MALDONADO CAMPOS**, es autor responsable del delito de **HOMICIDIO**, cometido en agravio de la vida de Álvaro Cermeño Campos y no del delito de Asesinato que le imputó el Ministerio Público; II) Por la comisión de tal ilícito penal se le impone al acusado **CESAR AUGUSTO MALDONADO GUDIEL y/o CESAR AUGUSTO MALDONADO CAMPOS** la pena de **QUINCE AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES**, pena que deberá cumplir en el centro de detención que determine el Juez de Ejecución competente con abono de la prisión ya sufrida desde el momento de su detención; III) Se suspende al condenado **CESAR AUGUSTO MALDONADO GUDIEL y/o CESAR AUGUSTO MALDONADO CAMPOS** en el goce de sus derechos políticos durante el tiempo que dure la condena. IV) Se exime al condenado **CESAR AUGUSTO MALDONADO GUDIEL y/o CESAR AUGUSTO MALDONADO CAMPOS**, del pago total de las costas procesales causadas en la tramitación del presente proceso, por lo ya considerado; V) En cuanto a la reparación digna no se hace pronunciamiento alguno por no haberse ejercitado la acción reparadora, por lo que se deja abierta la vía correspondiente para que se haga valer por quien resulte legitimado para ello; VI) Encontrándose el condenado **CESAR AUGUSTO MALDONADO GUDIEL y/o CESAR AUGUSTO MALDONADO CAMPOS**, detenido en la cárcel pública para hombres de la ciudad de Jalapa, bajo prisión preventiva, se le deja en la misma situación jurídica, hasta que la presente sentencia cause ejecutoria; VII) Hágase saber a los sujetos procesales que cuentan con el plazo de diez días a efecto de interponer en contra del presente fallo el recurso de apelación especial, si lo estiman necesario; VIII) Al estar firme el presente fallo háganse las comunicaciones e inscripciones correspondientes y remítase el expediente al Juzgado de Ejecución competente para el debido cumplimiento de lo resuelto. IX) Notifíquese”.

RECEPCION DEL PROCESO EN ESTA INSTANCIA:

El diecinueve de septiembre de dos mil dieciocho fue recibido en esta Sala el proceso penal supra identificado por recurso de apelación especial descrito al principio de la presente sentencia, y al haberse cumplido con los requisitos de tiempo, argumentación, fundamentación y protesta, se admitió para su trámite el mismo, poniendo las actuaciones en la secretaría del tribunal para su examen por los interesados.

DE LA AUDIENCIA DE CELEBRACIÓN DEL DEBATE DE APELACIÓN ESPECIAL:

Se señaló la audiencia para el diecisiete de enero del año en curso a las doce horas, a la cual no asistió ninguna de las partes, pero se establece que cada una reemplazó su participación por medio del memorial respectivo presentado dentro del plazo y con las formalidades que establece la ley, mismos que corren agregados a los autos.

CONSIDERANDO: De conformidad con lo establecido en el artículo 421 del Código Procesal Penal, el tribunal de apelación especial conocerá solamente de los puntos de la sentencia impugnada. En caso de proceder el recurso por motivos de fondo, anulará la sentencia recurrida y pronunciará la que corresponda.

CONSIDERANDO: El Ministerio Público a través del Agente Fiscal de la Unidad de Impugnaciones abogado Carlos Salvador Espinosa Castañeda, planteó el presente recurso de apelación especial por motivos de fondo, por inobservancia del artículo 132 y errónea aplicación del artículo 123, ambos del Código Penal. Manifiesta concretamente que quedó plenamente probada la responsabilidad y participación del acusado en el delito que se le acusó, debido a que se contó con varios medios de prueba a los cuales se les otorgó valor probatorio y con los cuales se acredita la plataforma fáctica de la acusación presentada por el Ministerio Público, especialmente con la declaración y dictamen pericial de la perito del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, donde se lee la cantidad de heridas cortocontundentes con arma blanca producidas por el acusado en contra de Álvaro Cermeño Campos que le causaron la muerte. Que se contó con la declaración de los testigos Samuel Cermeño Campos y Gustavo Jiménez Morales quienes son claros y precisos en establecer la presencia del acusado en el lugar de los hechos e

indican el tiempo, modo y lugar de la comisión del delito, declaraciones que se complementan con el informe que trata del examen externo e interno realizado al cadáver del señor Cermeño Campos y causas de la muerte. Que el acusado tomó parte directa en la ejecución de actor propios del delito de Asesinato, derivado que actuó con ensañamiento y con impulso de perversidad brutal en contra de la integridad física de su víctima, encuadrando su conducta en el delito de Asesinato y no como erróneamente lo aplicó el tribunal sentenciador. Que los juzgadores no fundamentan la sentencia en forma clara, precisa y sencilla del porqué del cambio de calificación jurídica, únicamente se dedican a mencionar doctrina del delito de Homicidio, pero no argumentan con su propio conocimiento el porqué es homicidio y no asesinato.

CONSIDERANDO: Del análisis de la sentencia recurrida, se estima que la misma no es suficientemente explicativa y sus consideraciones no permiten a las partes y a la sociedad en general conocer porqué consideró el tribunal sentenciante tipificar todo lo contrario a derecho de los hechos acreditados como homicidio y no como asesinato -como lo argumentó el apelante en la acusación-. Los que conocemos en alzada fundamentamos que el tribunal sentenciante no realizó su decisión en que los hechos acreditados se encuentran perfectamente en el delito de Asesinato y no en el delito de Homicidio, ya que además de acreditar el ánimo de matar al señor Álvaro Cermeño Campos, no tomaron en cuenta la alevosía como circunstancia calificativa del hecho. Arguye que en todo momento, el sindicado se aseguró de que la víctima no tuviera la mínima oportunidad de defenderse, pues el hecho ocurrió cuando el agraviado “iba en un camino que se encuentra paralelo a un río que hay en el lugar usted César Augusto Maldonado Gudiel con el ánimo de quitarle la vida a la referida persona y sin darle la oportunidad a su víctima de poder defenderse, usted le pegó un machetazo en el cuello, acción que continuó realizando en repetidas ocasiones con la referida arma blanca...”, tampoco se demostró que la víctima fuera armada cuando el victimario le ocasionó varias heridas de arma blanca en partes vitales del cuerpo. Esta Sala verifica el sustento del Ministerio Público en la acusación, como también de la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estimó acreditados, al revisar el fundamento del fallo condenatorio del tribunal de sentencia de homicidio y no de asesinato aplicó erróneamente el artículo 123 del Código Penal, debiendo aplicar correctamente el artículo 132 del Código Penal. Porque resulta evidente que

el tribunal tuvo por acreditado el ánimo de matar por parte del sindicado César Augusto Maldonado Gudiel a la víctima Álvaro Cermeño Campos, asimismo se observa que el tribunal sentenciante inobservó en la circunstancia de los hechos que tuvo por acreditados, que el sindicado actuó con alevosía, al efectuar el primer machetazo por la parte del cuello -con arma blanca- y en partes vitales del cuerpo de la víctima, cuando éste se encontraba desarmado, sin poder defenderse; y su acción continuó realizándola en repetidas ocasiones en diferentes partes del cuerpo, por lo que hace innegable que el sindicado se aprovechó de dichas circunstancias para asegurar la ejecución y resultado del delito, provocando que por lo sorpresivo y fulminante del ataque fuera imposible que la víctima lo previera o tuviera la mínima oportunidad de defenderse, lo cual denota -como lo argumentó el apelante-, una marcada ventaja del que mata, como consecuencia de la oportunidad elegida por el victimario; por lo que se hace necesario para los que conocemos en alzada que no correspondía que el tribunal sentenciante modificara la calificación jurídica de asesinato a homicidio, teniendo suficientes elementos de prueba, como también del hecho acreditado se desprenden el ánimo de matar y las circunstancias de alevosía y ensañamiento. En base a tales consideraciones esta Sala concluye en que el tribunal sentenciador vulneró los numerales 4 y 5 del artículo 132 del Código Penal, por lo tanto debe acogerse el recurso de apelación especial planteado por el Ministerio Público y hacerse el pronunciamiento que en derecho corresponde en la parte resolutive de la presente sentencia.

LEYES APLICABLES: Artículos 4, 12, 16, 19, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 16, 20, 21, 49, 108, 116, 129, 160, 162, 385, 398, 399, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 426, 427, 429, 430, 431 del Código Procesal Penal; 1, 4, 7, 9, 10, 13, 19, 20, 35, 36, 41, 44, 50, 51, 59, 62, 65, 251 del Código Penal; 8 literal h) y 25 numeral 1) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 88, 141, 142, 143, 147, 148 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO: Esta Sala con base en lo considerado y leyes citadas por **UNANIMIDAD DECLARA:** I) **ACOGES** el recurso de Apelación Especial por motivo de FONDO interpuesto por el MINISTERIO PÚBLICO a través del Agente Fiscal de la Unidad de Impugnaciones abogado Carlos Salvador Espinosa Castañeda. II) Consecuentemente **ANULA** parcialmente la sentencia de fecha veintiséis de junio de dos mil dieciocho, dictada por el Tribunal

de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Jalapa específicamente los numerales romanos I) y II) de la parte resolutive, los cuales quedan así: I) Que el acusado CESAR AUGUSTO MALDONADO GUDIEL y/o CESAR AUGUSTO MALDONADO CAMPOS, es autor responsable del delito de ASESINATO, cometido en agravio de la vida de Álvaro Cermeño Campos; II) Por la comisión de tal ilícito penal se le impone al acusado CESAR AUGUSTO MALDONADO GUDIEL y/o CESAR AUGUSTO MALDONADO CAMPOS la pena de VEINTICINCO AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES, pena que deberá cumplir en el centro de detención que determine el Juez de Ejecución competente con abono de la prisión ya sufrida desde el momento de su detención; III) Lo demás resuelto de la sentencia ya identificada queda incólume, es decir invariable. IV) Con la lectura del presente fallo en la audiencia fijada para el efecto las partes quedan legalmente notificadas del mismo, debiéndose entregar copia a quienes lo soliciten y si no concurrieren a la audiencia de lectura respectiva, se le deberá notificar la misma en el lugar señalado para el efecto. V) Con certificación de lo resuelto vuelvan los antecedentes al tribunal de origen.

Urías Eliazar Bautista Orozco, Magistrado Presidente, Romeo Monterrosa Orellana, Magistrado Vocal Primero; Neslie Guisela Cárdenas Bautista, Magistrada Vocal Segunda Luz Marleny Castañaza López de Hernández. Secretaria.

***ARTÍCULOS
SOBRE
TEMAS JURÍDICOS***

La responsabilidad del contenido de cada artículo es única y exclusivamente de su autor. El CENADOJ no se responsabiliza de las opiniones vertidas.

DERECHOS DE LAS PERSONAS EN LA FAMILIA

Rosa Mariella Josabeth Rivera Acevedo

En este tiempo de pandemia inesperada, ha tocado vivir tantas cosas impensables, ha habido que acomodarse a una nueva forma de vivir, de relacionarse con las personas, de convivir, de lo cual debemos extraer las cosas positivas como el estar más tiempo con la familia y disfrutar de tiempo con los seres queridos, a quienes también debemos proteger y cuidar como un instinto de sobrevivencia, protección a la que tenemos derecho y a la que tienen derecho todas las personas que habitan en el mundo.

Para reflexionar sobre estos derechos, es necesario estudiar la familia desde todos los puntos de vista, pero para los efectos de este artículo se tratará desde el punto de vista legal, por lo que se debe comenzar por tratar de definir lo que es la familia ya que es el núcleo fundamental de la sociedad y como tal el ente que va a contribuir en el desarrollo integral de la persona. La familia es el componente fundamental de toda sociedad, donde cada individuo, unido por lazos de sangre o por afinidad se proyecta y se desarrolla.

Para el autor Rafael De Pina Vara, “la familia es un hecho natural de trascendencia social, por eso la protege el Estado, como garantía de su propia subsistencia, ya que en definitiva, sobre la familia se elabora y se afirma en último término la vida y el desenvolvimiento de la nación”. También la define como “conjunto de

personas (parientes) que proceden de un progenitor común, que establece vínculos entre sus componentes de diverso orden o identidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos, de auxilio y ayuda recíproca a los que el derecho objetivo atribuye el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos de naturaleza especial” (pág. 177, 1993 y tesis digitales pág. 1)

La familia es un conjunto de personas que van descendiendo de un tronco principal común, la cual en sentido amplio incluye ascendientes y descendientes y en el sentido más estricto se conforma por los padres y sus hijos menores.

Se puede deducir entonces, que la familia es un conjunto de personas que van descendiendo de un tronco principal común, la cual en sentido amplio incluye ascendientes y descendientes y en el sentido más estricto se conforma por los padres y sus hijos menores. Las relaciones entre marido y mujer, la relación entre padre e hijos tanto en su aspecto personal como patrimonial, ese vínculo de sangre o de afinidad, constituye el eje central de la familia, de la que devienen una serie de derechos no solamente personales, sino también legales, por lo que ha habido necesidad de instituir normas relativas especiales para regular esas relaciones que deben ser protegidas por el Estado como el matrimonio, las relaciones paterno-filiales, la institución de la adopción, las relaciones de parentesco, los derechos y obligaciones que de ellas nacen.

A pesar que no se sabe con exactitud los orígenes de la especie humana, si se puede establecer que

se asentaban en grandes clanes y estos formaban una gran familia, de la cual se desprendía una pequeña familia. El simple hecho de conocer lo que el concepto de familia implica, da un sentido de pertenencia a un núcleo que comparte no solamente alegrías y tristezas, dependiendo las circunstancias vividas, sino que ello hace que las personas sean sujetos de derechos y obligaciones debido al vínculo familiar, que en las distintas legislaciones han sido plasmados con el objeto de establecer reglas claras para los involucrados.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo primero establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, dando ese orden de importancia, primero a la persona individual e inmediatamente después a la familia, teniendo como fin supremo el bien común, precepto que ya involucra a toda la comunidad.

Es entonces la primera función del Estado, fungir como protector de la persona, a través de sus poderes, según la teoría de Montesquieu (división de poderes, ejecutivo, legislativo y judicial) debiendo velar por el cumplimiento de tal función y porque no haya violación a ese derecho fundamental.

EL ESTADO COMO ENTE PROTECTOR DE LA PERSONA

El Estado protege y garantiza la vida humana desde su concepción, así como la integridad y seguridad de la persona, de tal forma que en el caso de Guatemala, esta protección es el primer artículo plasmado en la Constitución Política de la República de Guatemala, la que aunada a otra serie de normas legales brinda la protección ofrecida, ya que tales preceptos establecen la prohibición de someter a persona alguna a servidumbre o alguna otra condición que menoscabe su dignidad, normas que regulan lo relacionado con la niñez y la adolescencia, la protección a las mujeres, la protección a los seres humanos por el solo hecho de serlo, normas que tratan de dar todo un cuidado preventivo ante un eventual riesgo o problema.

La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado sobre los dos artículos ya citados (1 y 2 de la Constitución Política de Guatemala), en una sentencia en la que estima que el contenido de tales artículos trasciende más allá de lo que establecen, pues consideran que dan sentido al conjunto de derechos

que el resto de preceptos fundamentales reconoce e imponen un límite a quienes ostentan el poder.

“[...] los valores superiores que establece la Ley Fundamental determinan el sentido de la organización social, derivando en los objetivos máximos que denotan la razón de ser del Estado. En el caso de la Constitución guatemalteca, los artículos 1 y 2 contienen un conjunto de valores de especial preponderancia, como son la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la protección de la familia, el desarrollo integral de la persona y el bien común, los que, indudablemente, trascienden más allá de las normas específicas en que se encuentran contenidos, pudiéndose apreciar que tales valores dan sentido al conjunto de derechos que el resto de preceptos fundamentales reconoce y, por ende, justifican también los límites que el texto constitucional y a quienes ostentan el poder. De esa cuenta, determinados derechos reconocidos y garantizados por la Constitución responden directamente al alzamiento de aquellos valores superiores definidos por la propia Ley Fundamental como deberes primordiales del Estado (artículos 1o y 2o constitucionales, anteriormente citados). De ahí que será a partir de la ponderación particular que el texto constitucional efectúe respecto de los valores que inspiran a la organización social –los que en el caso guatemalteco, como se indicó, se encuentran expresados normativamente como verdaderos deberes impuestos al Estado– que el derecho positivo regulará determinadas instituciones o contendrá específicas disposiciones coherentes con aquellos valores, sin cuya sustentación podrían, incluso, entenderse excepcionales o ajenos para el logro del fin último del Estado, es decir, la realización del bien común (artículo 1 de la Constitución) o para la consolidación de un orden democrático que garantice a los habitantes de la Republica el goce de sus derechos y libertades (artículo 140).” Corte de Constitucionalidad. *Expedientes acumulados 2123 y 2157-2009*. Fecha de sentencia: 10/02/2012.

EL ESTADO COMO ENTE PROTECTOR DE LA FAMILIA

Como ya se dijo con anterioridad, la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo primero, establece que: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común”, también en la misma Carta Magna (*Norma Normarum*) se establece que se debe proporcionar esa tutelaridad.

En cuanto a las familias, el Estado debe ofrecer autonomía y libertad sin invadir ámbitos en los que no le compete tomar decisiones, cuestiones que son potestad única y exclusivamente de los cónyuges o del núcleo familiar, sin perjuicio por supuesto que tales decisiones resulten en la comisión de algún delito o falta.

El Estado debe proteger a la familia mediante la emisión de leyes que se enfoquen a la familia precisamente. La protege a partir de la institución del matrimonio, reconoce los derechos parentales y de los niños, estipula estructuras de soporte, debe regular la asistencia a la familia, debe garantizar lo relacionado a la adopción y en general debe garantizar las libertades individuales y del grupo familiar.

EL ESTADO COMO PROTECTOR INTEGRAL

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 2, establece: “El Estado de Guatemala tiene la obligación de garantizar a los habitantes de la República de Guatemala, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. Sabemos que la obligación primordial del Estado es garantizar la vida de las personas, pero tal tutela debe ser integral, no solo garantizar la vida de las personas, sino que, cuando el Estado falla y se perpetra un hecho que termina con la vida de una persona, tiene una obligación acentuada que cuando se trata de la muerte de una persona no por causas naturales, ésta debe ser investigada de inmediato, pues esta persona además de ostentar derechos por el solo hecho de serlo, se encontraba bajo la custodia del estado, por lo que las autoridades correspondientes tienen el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva, es decir, con la debida diligencia y sustanciada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad. La investigación debe

ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. El Estado tiene la obligación de proveer una explicación inmediata, satisfactoria y convincente de lo sucedido a una persona que se encontraba bajo su custodia, aseveraciones hechas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo,

La Constitución Política de Guatemala establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, y su fin supremo es la realización del bien común.

Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312. Párr. 257), argumentaciones que se comparten debido a que efectivamente la protección del Estado debe ser para todo por todo y hacia todos, sin perjuicio del propio cuidado que cada persona debe tener de sí mismo y del propio cuidado que cada familia debe tener también.

JUSTICIA EN EL AMBITO FAMILIA

Hay un libro que no podemos dejar de citar, el cual se llama *¿Qué es la Justicia?*, de Hans Kelsen. Si bien es cierto que no trata precisamente del ámbito familia, se refiere a interrogantes generales: ¿Qué es la justicia?, ¿Qué es la justicia absoluta? ¿Qué es la justicia relativa? ¿Cuál es la mejor justicia?

Tratar de resolver tales cuestionamientos, hace que surjan otras interrogantes. Para resolverlas de manera legal, debemos acudir a la legislación y aplicarla. Claro está que muchas veces lo que se resuelve no es lo justo, que lo que se resuelve no es justo absolutamente, que puede darse solo una justicia relativa o parcial y que puede no ser lo resuelto la mejor justicia, sin embargo, sabemos que la justicia es un deber del Estado también y es acudiendo a

la legislación y a las resoluciones emitidas por las altas cortes que se puede lograr lo más equitativo y justo posible.

La justicia deseada conlleva al Estado a adoptar medidas que sean las adecuadas, las correctas, las justas, las pertinentes según se demanden las necesidades y condiciones del momento y la época o por razón de las circunstancias o los acontecimientos, lo que debe provocar una certeza en el principio de seguridad jurídica, es necesario que el ciudadano confíe en su ordenamiento legal, en el marco legal en el cual se toman las decisiones individuales.

Se toca este tema porque es la prolongación del ámbito familiar. Esta justicia en el ámbito de la familia comienza desde casa, pero puede terminar en el ámbito general de la aplicación de las leyes de un país. Las leyes comienzan en casa, del tipo que sean formas desde que se tiene el derecho que ningún miembro de la familia perturbe el derecho de los demás, para lo cual se deben establecer reglas en el núcleo más estricto, como también en la familia más prolongada, con el objeto de evitar controversias, malos entendidos o hasta llegar a problemas mayores y de gran envergadura que puedan afectar las relaciones familiares.

La justicia en la familia debe basarse entonces en principios y derechos en donde los padres tratan con igualdad a sus hijos sin tener ningún tipo de preferencia con respecto a regalos o sanciones. Debe haber reconocimientos por las buenas acciones. Debería haber igualdad de oportunidades, sin embargo, los incumplimientos de las reglas en familia no hacen a los sujetos acreedores de sanciones legales.

Cuando actúa un miembro de la familia fuera del ámbito familiar y comete un delito o falta susceptible de ser sancionado por el Estado, ya no son los padres o el miembro de la familia que ejerza el liderazgo en la familia o la patria potestad legal quienes sancionarán el actuar del individuo, sino el Estado, pero el Estado tiene la obligación de garantizar justicia en el sentido amplio de la palabra, no más allá de lo merecido, no menos de lo merecido y garantizar así los derechos de la persona humana que está siendo sancionada, cayendo así en el tema de la seguridad y certeza jurídica necesaria. Tales garantías debieran también ser aplicadas en el hogar, en la familia, para que sus miembros puedan tener la certeza de

las consecuencias de su actuar, sin embargo, en la familia las enseñanzas son puramente morales, religiosas y culturales.

En cuanto al deber del Estado de adoptar las medidas para garantizar justicia, igualdad, tomando en consideración que tal certeza jurídica debe incluir también el marco legal dentro del cual se toman decisiones individuales, como lo son las decisiones familiares, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado diciendo:

“[...] la obligación de garantizar la justicia, conlleva el deber [del Estado] de adoptar las medidas que estime pertinentes para hacerlo y según lo demandan sus necesidades y condiciones del momento, lo cual genera el

**La Convención Americana
reconoce que la familia
es el elemento natural y
fundamental de la sociedad y
tiene derecho a la protección
de la sociedad y del Estado.**

principio de seguridad jurídica que consiste, esencialmente, en la confianza que tiene el ciudadano hacia el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho, al marco legal dentro del cual se toman las decisiones individuales, por esto es importante que dicho marco sea confiable, estable y predecible. También se ha afirmado que la seguridad jurídica se refiere al sistema establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que solo se aplican a conductas posteriores y no previas a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo; este principio también abarca el conocimiento que tienen los sujetos en cuanto a la ley que regirá la tramitación de tanto los procesos administrativos o judiciales ya que los sujetos de derecho deben poder desenvolverse con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos y del marco regulatorio que los rige. Todo lo previamente manifestado permite advertir que

en el contexto de la seguridad jurídica el sistema normativo debe estructurarse de forma tal que las leyes efectivicen y potencien la vigencia y validez de los derechos fundamentales, que las restricciones y limitaciones que contengan atiendan a un fin superior, sean congruentes con el mismo y resulten razonables en el contexto de la nulidad de la ley en su conjunto, guardando una armonización en su contenido íntegro y con los postulados constitucionales aplicables a la materia y a los estándares y parámetros internacionales en materia de derechos humanos, de ahí que sea contrario a dicho principio constitucional la disposición que en su contenido imponga una restricción o limitación, en forma confusa, al ejercicio de un derecho y adicionalmente, resulte contraria al espíritu del resto del cuerpo normativo en que se encuentra contenida, impidiendo en forma arbitraria un actuar que, por esencia, no resulta en sí mismo ser prohibido o incorrecto.” Corte de Constitucionalidad. *Expediente 476-2015*. Fecha de sentencia 26/011/2015.

EL ESTADO COMO PROTECTOR DEL DERECHO DE FAMILIA, RESOLUCIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 17 de la Convención Americana reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, por lo que éste, se encuentra obligado a favorecer, seguramente mediante la emisión de leyes, reglamentos y disposición el desarrollo de la familia, la fortaleza de la familia, debe proteger la no injerencia sino más bien debe respetarla. Señala también, opinión que se comparte, que la familia tiene el derecho al disfrute y convivencia juntos lo cual es un derecho y un elemento fundamental en la vida de las personas.

En relación a la Corte, ésta se ha manifestado estableciendo que de no respetar un Estado los preceptos mencionados anteriormente, este se hará sujeto de una sanción.

“Del mismo modo, el artículo 17 de la Convención Americana reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado. Dada la importancia

del derecho a la protección a la familia, la Corte [*Interamericana de Derechos Humanos*] ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, ha argumentado sobre el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, así como también que los Estados tienen obligaciones positivas a favor del respeto efectivo de la vida familiar. La Corte también ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. El Tribunal también ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352. Párr. 191.

Como se señaló con anterioridad, la familia puede y debe ser considerada tanto desde el núcleo más pequeño conformada por padres e hijos, como la familia media y la mayor en donde se incluyen a los demás parientes y personas que tengan lazos cercanos personales, quienes también tienen derecho a que así se les considere. Es familia también la integración que hace una madre sola o un padre solo y un hijo y debe ser protegida de igual forma que se protegería a un par de abuelos que criaron un niño que asumen el rol de padres, o respecto de un nieto.

La Corte considera que es una obligación del Estado y no es optativa esa protección ya que no se debe dar una interpretación restrictiva al concepto de familia, basta con que se pruebe los lazos que unen a una persona con otra.

“[...] la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar solo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o

habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño. Para el Tribunal, no existe duda de que –por ejemplo– una familia monoparental debe ser protegida del mismo modo que dos abuelos que asumen el rol de padres respecto de un nieto. En el mismo sentido, indiscutiblemente la adopción es una institución social que permite que, en determinadas circunstancias, dos o más personas que no se conocen se conviertan en familia. Asimismo, [...] una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado, pues [...], la Convención no protege un modelo único o determinado de familia una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y no de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y no de la Convención Americana es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, sin distinción alguna.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. Párrs. 178, 179 y 189.

Las resoluciones a este respecto son de suma importancia, toda vez que no se limita al núcleo padres e hijos, sino que se amplía a una familia desde un punto de vista extendido, tampoco limita el derecho de formar una familia al hombre y la mujer, si no que da un ámbito amplio en el sentido de que la familia puede ser conformada por “dos personas”, siendo estos hombre o mujer, o hombre y hombre, mujer y mujer, lo cual es motivo de controversia por muchos sectores y argumento con el que muchas personas no están de acuerdo, pero eso es otro tema. En cuanto a los hijos que se adoptan, no se excluye de la protección que le puedan dar parejas del mismo

sexo, la finalidad es, la protección de la persona, en especial de cada integrante de la familia, es por ello de suma trascendencia que el hombre viva en un correcto estado armónico con los mismos, preservando la paz, amor, convivencia.

Son estas sentencias de la Corte, las que han dado a las personas que no son parientes por consanguinidad ni afinidad, el derecho a pertenecer a una familia y el derecho de proteger sus derechos que por no estar basados los lazos familiares en la legislación pertinente, les son violentados, ocasionando daños de todo tipo, pero sobre todo daños psicológicos al sentirse desplazados, no pertenecientes, después que han entregado a las familias aprecio, cariño, tiempo, esfuerzo, colaboración como si fuera un miembromás.

IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS CONYUGES

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 4 establece: el derecho fundamental de igualdad, donde todas las personas son libres e iguales en dignidad de derechos, es por esa razón la importancia de la siguiente resolución.

Se defiende la igualdad entre hombre y mujer en cuanto a que tienen los mismos derechos, pues se considera que de alguna manera existe alguna discriminación en contra de la mujer tal y como está redactado nuestro Código Civil, especialmente en lo referente al matrimonio, ya que de hecho el articulado que atañe al matrimonio y a los derechos de la mujer y el hombre casado, de hecho, son diferentes. La ley otorga la representación conyugal al hombre y no a la mujer o a ambos, que hubiere sido lo igual, eso solo como un ejemplo de una serie de disposiciones que han puesto a la mujer en estado de desigualdad con el hombre, situación que ha reconocido la Corte de Constitucionalidad, pero que con las sentencias que ha emitido ha logrado elevar a situación de igualdad a hombres y mujeres.

“Al confrontar el artículo 4 de la Constitución, se establece que se trata en forma discriminatoria a la mujer casada por su sexo, pues la concurrencia de los mismos hechos en iguales condiciones o circunstancias si los comete el varón casado no tipifican delito de adulterio, teniendo el género una relación directa e inequívoca con el delito; la conducta infiel de la mujer casada es la que configura el adulterio no así idéntica

conducta observada por el hombre casado. Esta figura delictiva que sanciona solo la infidelidad conyugal de la mujer, da un trato desigual a idénticos actos. No es razonable la diferencia establecida por el legislador para la misma situación fáctica y esta regulación no puede encontrar su ubicación ni justificación dentro de los delitos contra el orden jurídico familiar y contra el estado civil, pues si estos fuesen los valores protegidos, habría sancionado la infidelidad en igualdad de condiciones para ambos cónyuges [...] Los artículos 233 y 234 del Código Penal dan al marido la exclusividad del ejercicio de la acción penal para la sanción del delito de adulterio y para que otorgue el perdón para la no persecución del mismo y si el artículo 232 de dicho Código viola el derecho de igualdad, los artículos 233 y 234 de ese cuerpo legal, también lo contradicen y, deben asimismo ser expulsados del ordenamiento legal, en aplicación del artículo 4o. de la Ley Fundamental.” “Esta Corte considera que en cumplimiento a los artículos 44 y 175 que consagran el principio de la supremacía constitucional, los artículos 232, 233, 234 y 235 del Código Penal, son inconstitucionales y deben ser eliminados del ordenamiento jurídico, por discriminar por razón de sexo a la mujer, violando el derecho humano de igualdad general establecido en el artículo 4o. de la Constitución.” Corte de Constitucionalidad. *Expediente 936-95*. Fecha de sentencia: 07/03/1996.

Esta resolución es un claro ejemplo de la defensa que hace el Estado a través del órgano jurisdiccional del principio de igualdad. Anteriormente las mujeres cometían el delito de adulterio que era en pocas palabras la infidelidad de la mujer estando casada y claramente había pena de prisión por ello, sin embargo, las legislaciones fueron cambiadas toda vez que había vulneración de derechos puesto que, en todo caso, debía sancionarse la infidelidad de ambos, del hombre y la mujer. En cuanto a la orientación sexual, es interesante observar un fragmento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Párrs. 154 y 155, en la que vale observar el derecho a la igualdad defendido, el derecho a la no discriminación en contra del derecho

alegado del derecho a tener una familia normal y tradicional y el derecho a la confusión de roles, entre otros derechos alegados y discutidos, concluyendo que la Corte Suprema discriminó a su vez a las tres niñas, pues consideró asuntos que no hubiere considerado si los padres de las niñas hubieren sido heterosexuales.

La Constitución establece el derecho fundamental de igualdad, es decir, que todas las personas son libres e iguales en dignidad de derechos, pero esto no se ve reflejado en la redacción del Código Civil.

“Al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reitera que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.”

“Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Párrs. 154 y 155.

La orientación sexual de la madre no es motivo para quitar la guardia y custodia de las hijas, ya que ese es un derecho que tiene la madre por ser adulta y el Estado no puede negarle tal derecho de cuidado de las niñas, es por ello que al momento de condenar al

Estado de Chile a la reparación, el valor primero y más importante tomado en cuenta es la persona como tal y no su orientación sexual, obviamente, en el interés superior del niño, si estos quieren estar con ella y ella vela por ellos, no hay motivo por la que el Estado de forma opresora vulnerara dicho principio y les vedara el derecho a conformar una familia.

En relación a los derechos del matrimonio, se estima que moralmente los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a sus fines y a socorrerse mutuamente sin que sea necesario utilizar el poder coercitivo, sin embargo, la legislación guatemalteca si acoge tales preceptos como obligatorios.

APLICACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO DE ALIMENTOS

Cuando se analiza el Código Civil y se busca la definición de alimentos, se establece que esta definición incluye todo lo que es indispensable para el sustento, vestido, asistencia médica, educación de alguna persona a quien se le deba prestar alimentos, es ahí importante establecer, quien es la persona obligada a dar alimentos y quien debe recibirlos y como probar que se le asiste el derecho.

Están obligados a darse alimentos recíprocamente los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos, pero el vínculo jurídico debe ser probado y el juez inmediatamente aplicará el derecho, a la persona que le asista. En este ordenamiento legal están fuera las personas a las que se les considera familia por el hecho del vínculo afectivo que han creado, a quienes la Corte Interamericana en sus fallos les ha otorgado el derecho de pertenecer a una familia y si pertenecen a esa familia, de alguna manera deberían tener el derecho que en caso sea necesario se les preste alimentos. Este derecho, aun cuando únicamente está establecido en las resoluciones de la Corte Interamericana debería ser objeto de modificación de nuestra legislación, por supuesto que con un procedimiento cuya finalidad sea probar precisamente el vínculo con la familia y realizar tales modificaciones fundamentándose tanto en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como en la Constitución Política de la República de Guatemala, la que en su artículo 44 que reza: "Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución, NO excluyen otros que, aunque no figuran expresamente

en ella, son inherentes a la persona humana". Con este artículo debería incluirse en la normativa referente a la prestación de alimentos.

"[...] el derecho de alimentos consiste en proporcionar la asistencia debida para el adecuado sustento de una o varias personas por disposición imperativa de la ley, es decir, el derecho de recibirlos proviene de la ley y no de una relación contractual, por lo que la persona que reclama su pago, por su propio derecho o en representación de menores de edad o incapacitados, solo debe acreditar que es el titular del derecho para que su pretensión prospere; lo anterior con base al vínculo de

**Los derechos fundamentales
y garantías inherentes al
ser humano nunca deben
ser disminuidos, sino por
el contrario, deben estar en
constante cambio
para mejorar.**

solidaridad que debe existir entre los miembros de una familia. [...] Ese derecho debe ser atendido en forma inmediata, a ello obedece el hecho de que, una vez promovida una demanda oral de fijación de pensión alimenticia, se debe determinar un monto provisional a favor del alimentista en tal concepto, con el propósito de que pueda cubrir sus necesidades básicas en tanto dura el proceso. Ese carácter urgente del derecho a la alimentación impide que el cumplimiento de las pensiones provisionales pueda exigirse hasta que el juez resuelva en definitiva lo relativo a su monto. En otros términos, la pensión provisional es exigible en cualquier momento, en tanto se decide, en definitiva, el monto de la suma que debe pagar el alimentante [...]" Corte de Constitucionalidad. Expediente 1742-2015. Fecha de sentencia: 17/09/2015.

Con las normas vigentes, lo importante es acreditar la titularidad del derecho y consecuentemente se resolverá sobre la pretensión de alimentos que

prosperará en el juzgado, será de forma inmediata y el juez fijará el monto provisional que cubra las necesidades básicas en tanto dura el proceso, el cual puede ser un proceso tardado, sin embargo, en esa prevención el Estado a través del órgano jurisdiccional protege al alimentista con esa pensión provisional para que sea inmediata y cubra las necesidades básicas. No obstante, el Código Procesal Civil y Mercantil establece que se presume la necesidad de pedir alimentos, mientras no se pruebe lo contrario, por lo que la solicitud de alimentos bastará para que se aplique el derecho de alimentos.

La ley de Tribunales de Familia indica que los jueces deberán procurar que la parte más débil de las relaciones familiares quede debidamente protegida, y para el efecto dictará las medidas que considere pertinentes, en este caso, el juez evaluará el expediente e identificará al sujeto vulnerable para restituirle el derecho violentado de una forma inmediata y precisa.

¿Quiénes tienen la obligación de prestar alimentos? De conformidad con la ley, como ya se dijo los cónyuges, ascendientes y descendientes, hermanos, entonces en este caso, estableciendo la obligatoriedad, el juez resuelve y si hubiere negativa, existirá punibilidad. La Corte de Constitucionalidad ha establecido los aspectos que comprende la prestación de alimentos y la obligación que nace de la relación jurídica existente entre el alimentante y el alimentista que da lugar a la deuda alimenticia que puede ser pagada voluntariamente o a través de los órganos jurisdiccionales.

“La obligación alimenticia, en el caso de la legislación guatemalteca, abarca todos aquellos aspectos que la doctrina comprende dentro de los denominados “alimentos civiles” (dentro de la clasificación doctrinaria que clasifica a los alimentos como naturales y civiles), al comprender dentro de estos no solo a los alimentos propiamente dichos, sino a todo aquello que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica del alimentista y la instrucción y la educación cuando este último es menor de edad (artículo 278 del Código Civil). Es por ello que la obligación alimenticia, cuantificada y entendida como una relación jurídica existente entre el alimentante y el alimentista, da lugar a la llamada ‘deuda alimenticia’, que

resulta ser aquella prestación concurrente entre determinadas personas, que impone a uno de ellos (el alimentante) la obligación de proporcionar a otro (el alimentista) la ayuda necesaria para que el beneficiado con el cumplimiento de la obligación pueda subvenir a las necesidades más importantes de su existencia; obligación que puede satisfacerse, bien sea, asumiendo el obligado el pago de diversos gastos (educación, gastos médicos, habitación; etc.), o bien, mediante la ración de una cantidad de dinero determinada que pueda satisfacer, aunque sea en mínima parte, las necesidades del alimentista; cantidad que debe ser proporcionada al caudal y medio de quien paga y a las necesidades de quien recibe el pago, y de acuerdo con un deber de reciprocidad; y que puede ser convenida entre el principal obligado y el beneficiario –o su representante–, o bien regulada por el juez.” Corte de Constitucionalidad. *Expediente 890-2001*. Fecha de sentencia: 09/12/2002.

La pensión alimenticia, debe ser proporcionada en base a la necesidad del alimentado y la proporcionalmente a la cantidad dineraria o activos que tenga el alimentista y por supuesto, debe existir el vínculo que los hace obligatorios y punibles en caso de no prestarse voluntariamente.

“La reserva de ley a que hace referencia el artículo 55 constitucional, remite a la regulación de la punibilidad que se origina cuando en un caso concreto concurre negativa del cumplimiento de la obligación alimenticia a la legislación ordinaria penal guatemalteco. En esta, dentro de los denominados delitos contra el orden jurídico familiar y el estado civil [...], se contemplan dos ilícitos en particular, siendo estos el de ‘Negación de asistencia económica’ (artículo 242) e ‘Incumplimiento de deberes de asistencia’ (artículo 244). En ambos delitos, se hace una referencia (de manera particular en uno, y general en otro) a la negativa de prestar alimentos civiles obviándose una obligación pre constituida dirigida a fomentar el desarrollo integral de la persona humana, y que, tras haber sido legalmente requerido el obligado para el cumplimiento de la misma, esté ha incumplido sin esgrimir razones que fundamenten su incumplimiento. [...] el sólo

hecho del incumplimiento, deriva en detrimento del desarrollo integral de los derechos de las personas a ser alimentadas y educadas, y degenera en un abandono material y moral del beneficiario con la deuda alimenticia (quienes pueden ser no solo los hijos sino también el cónyuge, así como todos aquellos beneficiarios de los alimentos, dentro de los cuales pueden estar comprendidos los mismos padres -por el deber de reciprocidad que impone la prestación de alimentos- o los incapaces), todo ello, perjudicando el bienestar de la persona humana en el contexto que implica el vínculo que se origina entre ella y el obligado como consecuencia de la institución de la familia.” Corte de Constitucionalidad. *Expediente 5263-2013*. Fecha de sentencia: 03/06/2015.

El Estado debe cumplir con su obligación de proteger al alimentista, desde el momento que la normativa enmarca a una persona como sujeto de recibir alimentos por parte de una persona obligada a ello.

Los derechos de las personas alimentistas no pueden ser limitados ni restringidos, sin embargo, también han de protegerse los derechos del que presta alimentos y obviamente deben ser protegidos por el Estado, los derechos fundamentales y garantías inherente al ser humano nunca deben ser disminuidos, sino por el contrario, deben estar en constante cambio para mejorar y al hablar de mejora se trae nuevamente a colación los derechos de las personas de ser familia sin que les una un vínculo consanguíneo o de afinidad, pero con un vínculo fuerte de afección hacia los demás miembros se ha ganado ese derecho que por el solo hecho de serlo aun cuando no esté plasmado en la legislación y que podría ser incluido toda vez que el precepto constitucional en el artículo 44 establece que los derechos y garantías que otorga la Constitución, no excluyen otros que aun cuando no están establecidos le son inherentes a la persona humana, estimándose que el derecho a pertenecer a una familia no por vínculos de consanguinidad o afinidad, es inherente a la persona ajena a que se le considere parte de la misma, lo cual debería bastar para proceder a aplicar lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre la autora

ROSA MARIELLA JOSABETH RIVERA ACEVEDO

Magistrada Vocal I de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil del Departamento de Guatemala

INSTRUMENTOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRETE A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Claudette Domínguez Guerrero

1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Hoy en día la justicia constitucional debe ser entendida como *el conjunto de técnicas tendientes a garantizar e interpretar la Constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean éstos los que sean.*

En muchos ordenamientos jurídicos, la introducción de mecanismos de justicia constitucional responde a la idea de crear un "garante de la Constitución", en expresión del propio Kelsen¹, ante situaciones de crisis o de debilidad constitucional. Ciertamente, ese papel de garante o defensora de la Constitución que representa la justicia constitucional resulta muy destacado y útil en los procesos de transición política desde regímenes autoritarios hacia auténticos sistemas democráticos. Ello explica en buena medida ese gran protagonismo que los tribunales, cortes o salas constitucionales han tenido en el proceso de renovación del constitucionalismo latinoamericano vivido en las últimas décadas. Esas instituciones de justicia constitucional nacieron con la firme voluntad de contribuir a la tarea de defender las constituciones nacionales y asentar los valores que en ellas se consagran.

En la actualidad el papel de la justicia constitucional es la de ser *el elemento de transformación del ordenamiento jurídico.*

Por lo que respecta a su organización, en América Latina, pueden identificarse tres sistemas organizativos siendo los siguientes:

En América Latina pueden identificarse tres sistemas organizativos: tribunal constitucional *ad hoc*, órgano especializado dentro del poder judicial y atribución de la justicia constitucional a órganos judiciales no especializados.

- *Sistema de tribunal constitucional ad hoc.* En varios países existe un tribunal constitucional que ostenta, en monopolio o no, la justicia constitucional, pero que se sitúa fuera del poder judicial, como

órgano no sólo especializado sino también especial. Es el caso de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala o Perú

- *Sistema de órgano especializado dentro del poder judicial.* En otros países, se mantiene también el principio de que el órgano encargado de la justicia constitucional sea un órgano especializado, pero éste se inserta en el seno del propio poder judicial. Es el caso de El Salvador, Costa Rica, Paraguay o Venezuela y Honduras.
- *Sistema de atribución de la justicia constitucional a órganos judiciales no especializados.* Un tercer

¹ H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", 1929, pp. 197 y ss.

grupo es el de los países en los que la justicia constitucional se “confunde” funcional e institucionalmente con la justicia ordinaria; tal es el caso de Argentina, Brasil, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay.

Cabe destacar que en este último grupo de países existe la tendencia a que los órganos supremos del poder judicial se especialicen como órganos de justicia constitucional; como en el caso de México, que aún sin existir órganos especializados, se atribuye a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un auténtico Tribunal Constitucional en sus reformas de 1994-1995.²

Resulta importante citar a su vez, la función que desarrolla la justicia constitucional, especialmente en América Latina la cual trata de la defensa de los derechos fundamentales, defensa que se lleva a cabo a través de distintos mecanismos procesales que, genéricamente, pueden definirse como el “amparo”, concepto en que deben incluirse todas las acciones de protección específica de derechos fundamentales.

2. CONSIDERACIONES DOCTRINALES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La omisión es una manifestación de la voluntad de que se exterioriza en una conducta pasiva, en un “no hacer”,³ o “no actuar como se esperaba”. Sólo se omite algo en un contexto en que es relevante una actuación determinada.⁴

Así la expresión “omisión del legislador” denota que el facultado para dar o crear la ley no ha ejercido tal facultad, no ha creado alguna ley (o lo ha hecho insuficientemente), cuando era probable que lo hiciera.

En el caso que nos ocupa, esta manifestación de voluntad proviene en algunas ocasiones de un órgano legislativo, en su concepción material, dado que esta inactividad puede provenir, bien de poder Legislativo, que lo es formal y materialmente, o bien del Ejecutivo en ejercicio de la facultad reglamentaria, de manera que se trata en este caso, de un acto materialmente legislativo pero formalmente ejecutivo.

En cuanto al segundo elemento, la *inconstitucionalidad*, se define como “antinomía entre un acto y la

Constitución”,⁵ más propiamente hablando diremos que, “partiendo del principio inexcusable, en los Estados de derecho, de la supremacía de la Constitución, se han de reputar como inconstitucionales todos los actos, leyes, decretos o resoluciones que se aparten de sus normas o las contradigan”.⁶

Por lo cual la conducta pasiva del legislador, es decir “no hacer”, también es contraria al texto constitucional, cuando existe un mandato para legislar, para expedir cierta reglamentación, o bien que en términos específicos la norma constitucional delegue la reglamentación de alguna materia o hipótesis a la ley ordinaria, de modo que en ambos casos al no hacerlo así el legislador transgrede el texto constitucional, al no cumplir con su cometido, y con ello impide que se le dé exacto cumplimiento a la normatividad constitucional.

De lo cual se colige que la “...omisión legislativa inconstitucional o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o el que haya fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto, expresa o implícitamente por la Constitución, o cuando en cumplimiento, de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido precisiones que la norma suprema exigía...”⁷

Concluyo entonces lo relativo al concepto de la institución de mérito diciendo que “la inconstitucionalidad por omisión es la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.⁸

La institución de la inconstitucionalidad por omisión se justifica y se hace obligatoria, “... para la consolidación de un genuino Estado constitucional de derecho, donde las normas constitucionales no puedan

5 Capitant, Henri, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 315.

6 Osorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1992.

7 Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales. Pág. 224.

8 Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes*.

ser manipuladas y ultrajadas por negligencia u omisión justificada del gobernante...".⁹

Ahora bien, debe destacarse que la inconstitucionalidad por omisión legislativa tiene su origen en el hecho que no todas las normas constitucionales pueden aplicarse directamente, sino que muchas de ellas tienen eficacia diferida, al requerir posterior detalle para su debida aplicación; por lo cual es menester citas algunos tipos de normas:

1. *Normas constitucionales de eficacia directa:* cuando la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para poder servir de regla en casos concretos, debe ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, trátese de los jueces, de la administración pública o de particulares.
2. *Normas constitucionales de eficacia indirecta:* cuando la estructura de la norma constitucional no es suficientemente completa, de manera que pueda servir como regla de casos concretos, su operatividad requiere una posterior intervención normativa por parte de las fuentes subordinadas, en esta categoría se encuentran las normas constitucionales de eficacia diferida; las cuales se refieren a normas de organización que necesitan una disciplina normativa posterior a la establecida en la Constitución; las normas constitucionales de principio, son aquellas disposiciones constitucionales que contienen la formulación de principios jurídicos, aplicables a casos concretos y normas constitucionales programáticas, que se refieren esencialmente a aspectos político-sociales.¹⁰

⁹ Sagües, María S. Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión. En Eduardo Ferrer-Macgregor (coord.) p. 267.

¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo "La Constitución y sus normas", Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, México, Porrúa, 2005; véase también Silva, José Alfonso da, Aplicabilidad de las normas constitucionales, trad. De Nuria González, Martín, México, UNAM, 2003.

3. VARIABLES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La inconstitucionalidad por omisión se produce cuando un órgano del Estado¹¹ no ejecuta un deber constitucional. Ese "encargo constitucional" puede ser *expreso o tácito*.

La función que desarrolla la justicia constitucional, especialmente en América Latina, trata de la defensa de los derechos fundamentales, defensa que se lleva a cabo a través de distintos mecanismos procesales.

Hay dos variantes básicas de inconstitucionalidad por omisión:

- a) *Inconstitucionalidad por mora*, que a su vez puede resultar tanto de la *inercia en adoptar una decisión concreta* (v. gr., dilatar la orden de puesta en libertad de alguien cuya detención ha terminado legalmente), o de *tardanza en la producción de normas generales*. El caso más frecuente de esta última es el ocio legislativo en sancionar las leyes reglamentarias de la Constitución, o de "desarrollo constitucional", en cuanto la organización de los poderes públicos, o para ejecutar las cláusulas "programáticas" de la Constitución (vale decir, "no autoejecutivas"), que a menudo requieren normas regulatorias o instrumentadoras para tornarse efectivas. Otro espécimen de inconstitucionalidad por mora es la *inconstitucionalidad por mora en*

¹¹ En rigor de verdad, también puede incurrir en inconstitucionalidad por omisión un particular, si la Constitución le asigna un deber. Así, cuando la Constitución impone como obligación constitucional a los ciudadanos "amarse en defensa de la patria y de esta Constitución", al estilo del artículo 21 de la Argentina, no presentarse a cumplir con el servicio militar (siendo éste legalmente obligatorio), importaría un acto de inconstitucionalidad por omisión. Lo que sí ocurre es que careciendo habitualmente los particulares de facultades legisferantes, no podrían incurrir en inconstitucionalidad omisiva en la producción de normas generales.

la ejecución. En este supuesto hay decisión tomada, pero ella no se cumple. Sería el caso, v. gr., de una jubilación o retiro ya otorgado, pero que no se paga.

- b) *Inconstitucionalidad por negación.* También llamada inconstitucionalidad por omisión “relativa”,¹² ocurre si el órgano estatal del caso efectiviza el mandato constitucional, por ejemplo sancionando la ley que debe dictar, pero lo hace incorrectamente, retaceando algún derecho que la constitución otorga. Tal sería la norma, v. gr., que confiriere el derecho de circular libremente en el territorio nacional a los habitantes (pero no incluyendo a todos ellos), o que negase arbitrariamente a los miembros de determinados cultos la permanencia en el país, cuando por el principio de libertad de confesión tal derecho corresponde ser reconocido a todos.¹³ En estos supuestos, se está “omitiendo” a alguien un derecho que le pertenece.

4. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La inconstitucionalidad por omisión genera habitualmente muchos problemas en materia de derechos humanos.

Ello ocurre con frecuencia con los derechos humanos de fuente internacional. Así, el artículo 2º. del Pacto de San José de Costa Rica explicita que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados por la Convención no estuviera garantizado ya por disposiciones legislativas o de otro carácter por los Estados, éstos “se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

12 La doctrina de las inconstitucionalidades por omisión “relativas” parece remontarse a Wessel. Cfr. Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza económica?”, en varios autores, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 18 y 19.

13 Este último ejemplo no es teórico. En Argentina, durante el llamado “proceso” militar de 1976-1983, la Dirección Nacional de Migraciones negó permisos de residencia a los pertenecientes a la confesión “Testigos de Jehová”, circunstancia que dio lugar a amparos. Cfr. Sagües, Néstor Pedro, “Libertad de conciencia, permanencia en el país y policía migratoria”, *Jurisprudencia argentina*, 1980-IV-113.

No siempre se cumplen, sin embargo, tales deberes estatales, por ejemplo, no todos los países aseguran en todos los delitos el principio de la instancia penal plural (artículo 8º., numeral 2-h de la Convención), ni tampoco muchos han sancionado la ley sobre derecho de réplica a que alude el artículo 14 del Pacto.

Del mismo modo, no todos los Estados han adecuado su legislación interna a las normas emergentes del

Los Estados se comprometen
a adoptar, con arreglo
a sus procedimientos
constitucionales y a las
disposiciones de esta
Convención, las medidas
legislativas o de otro carácter
que fueren necesarias para
hacer efectivos los derechos y
libertades mencionados
por la Convención.

mismo Pacto. Claro está que en ese supuesto el remedio jurídico es teóricamente más fácil: consistiría en la inaplicación de esas reglas locales opuestas a la Convención. Pero cabe reconocer que varios Estados no aceptan tranquilamente que las normas del Pacto estén por encima de las domésticas.

Generalmente, la tardanza en el dictado por parte de un Estado de las normas locales destinadas a instrumentar derechos de fuente supranacional ha sido vista no como una omisión “inconstitucional”, sino a lo más “legal”, ya que lo que se incumplía (con la mora) era un tratado, otrora equiparado a una ley común. Sin embargo, tal panorama ha cambiado bastante por estos motivos: algunas Constituciones dan rango constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos (v. gr., Argentina de 1994, artículo 75, inciso 22; Venezuela de 1999, artículo 23), motivo por el cual, en este caso, la omisión en motorizar al tratado o convención es simultáneamente violación a una regla de rango constitucional. En otros países, si la Constitución acepta la existencia y el vigor del derecho internacional, este último, a través de reglas de *jus cogens* (y también, de la Convención de Viena

del derecho de los tratados) impone en virtud de los principios internacionalistas de la buena fe y del *pacta sunt servanda*, la obligación del Estado de ejecutar legalmente al instrumento internacional, de tal modo que la omisión de hacer esto último (debido a la mora en emitir la regla local que implemente al tratado) importaría, indirectamente, también violación (por mora) de la Constitución.

En materia de derechos personales como fuente exclusiva en el derecho interno, no es raro que decenas de cláusulas “programáticas” de la Constitución nacional, enunciativas de derechos, queden congeladas ante la inacción de legislador en sancionar las normas reglamentarias del caso. El terreno más común es el de los derechos económico-sociales.¹⁴

También es cierto que en muchas hipótesis el constituyente ha pecado de utopismo,¹⁵ prometiendo a los habitantes más beneficios que aquellos que racionalmente podría declarar, en función de las posibilidades materiales o culturales del medio. En tal sentido, bien podría decirse que a mayor saturación constitucional de derechos que podríamos llamar “impracticables” o “imposibles” de realización, mayor riesgo hay de inconstitucionalidad por omisión, y aunque, en ciertas situaciones, la omisión legisferante puede hallarse en parte legitimada. Otra causal de inconstitucional omisiva justificada acaece cuando el constituyente inerte en la ley suprema institutos del derecho extranjero de poca viabilidad en su país, por mero diletantismo o plagio. Pero en otros supuestos la mora en la producción de reglas generales no tiene disculpas, o simplemente es producto de intereses

subalternos de los partidos, renuentes a dictar normas que pudieran perjudicar sus posiciones particulares.¹⁶

En síntesis, la inconstitucionalidad por omisión es un problema grave para la vigencia de los derechos humanos. Tradicionalmente, el asunto fue jurídicamente desarrollado en cuanto la inconstitucionalidad por mora en la ejecución o por negación, dando lugar, *v. gr.*, a diversos tipos de amparos y mandatos de ejecución, o en la declaración de inconstitucionalidad de la norma discriminatoria en el reconocimiento de un derecho, o avara en su otorgamiento pleno. En cambio, la inconstitucionalidad por mora en la producción de normas generales fue un tópico poco desenvuelto, una suerte de “*asignatura pendiente*” para el derecho constitucional y el derecho procesal constitucional.

5. REMEDIOS CONSTITUCIONALES A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

En términos generales, tuvo que esperarse al último cuarto del siglo XX para hallar normas constitucionales que atacasen la inconstitucionalidad por omisión, ante la falta de normas generales. Ellas lo han hecho de distinto modo.

- a) *La denuncia ante un órgano superior.* En tal supuesto, el sujeto-control de la supremacía constitucional detecta la mora legislativa en que incurre un organismo del Estado, e informa a un cuerpo estatal superior para que adopte alguna medida. Es decir, implica que vista la omisión legislativa, se haga del conocimiento de la autoridad jerárquicamente superior.

Tal fue el criterio del artículo 377 de la Constitución de 1974 de la ex Yugoslavia. En tal caso, el Tribunal de Garantías Constitucionales comunicaba a la Asamblea de la República la renuencia de un órgano que no hubiere dictado las normas de ejecución previstas por la Constitución federal, o por las leyes y otras disposiciones

14 Véase también Fernández Segado, Francisco, *Op. Cit.*, nota 2. Por supuesto, puede ocurrir, en materia de derechos humanos, que la mora estatal violente tanto reglas constitucionales internas como preceptos internacionales. Véase por ejemplo Sagües, María Sofía, “La acción de amparo como instrumento de control de la inconstitucionalidad por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud”, *Jurisprudencia Argentina*, núm. Especial de *Derecho Procesal Constitucional*, 19 de septiembre de 2001, p. 55.

15 Sobre las variables del utopismo (consciente e inconsciente) y otras razones que explican la inoperatividad de ciertas cláusulas programáticas, nos remitimos a nuestro trabajo “Las cláusulas programáticas de la constitución nacional y su eficacia jurídica”. *El Derecho*, Buenos Aires, 108-948.

16 Tal ha sido en Argentina el caso de la falta de sanción de la ley regulatoria del trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos de necesidad y urgencia que pronuncia el Poder Ejecutivo, prevista especialmente por el artículo 99, inciso 4, de la Constitución, y todavía no sancionada. Dicha norma, que recortaría las facultades presidenciales en la materia, obviamente no conviene al partido que se encuentre en el Poder Ejecutivo.

y actos generales federales. El texto no determinaba, sin embargo, qué pasaba si el cuerpo moroso era la propia Asamblea de la República.

- b) *La recomendación.* En tal variable, el órgano superior o de control se circunscribe a recordar o recomendar a la autoridad omisa que cumpla con su labor, es decir que sancione las normas faltantes, que según la Constitución tiene que pronunciar. Eso debía hacer el Consejo de la Revolución, a tenor del artículo 283 de la Constitución portuguesa de 1976.
- c) *El llamado de atención.* El nuevo artículo 283 de la Constitución de Portugal puntualiza que el Tribunal Constitucional, a requerimiento del Presidente de la República o del proveedor de justicia (en algunos casos, de los presidentes de las asambleas regionales), cuando constate el incumplimiento de la Constitución por omisión de medidas legislativas, lo hará saber al órgano moroso.
- d) *La intimación.* La cual implica el otorgamiento de un plazo para que se colme el vacío legal. Tal ruta está contemplada por el artículo 103, inciso 2, de la Constitución de Brasil, que planifica una acción ante el Supremo Tribunal Federal.
- e) *La cobertura.* Donde ante el incumplimiento de la autoridad el juzgador dictará las bases temporales mientras se expide la ley en cuestión. Señalándose el caso de Veracruz, la provincia de Río Negro en Argentina y además lo previsto en el artículo 5º., inciso LXXXI, de la Constitución de Brasil, que diseña un mandato de ejecución en favor del perjudicado "siempre que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía".¹⁷

- f) *La cobertura y el resarcimiento.* Es la solución más audaz, instrumentada por el artículo 207, inciso 2 "d", de la Constitución provincial de Río Negro (Argentina). La norma bajo examen establece que El Superior Tribunal (Corte Suprema) de Justicia de la Provincia, tiene competencia, es decir, se prevé ante el incumplimiento que se integrará el orden jurídico y si esto no fuera posible se estipulará un resarcimiento en favor del promovente. Esta regla importa el avance más profundo en el control judicial de la mora legisferante en el dictado de normas generales, recogiendo la doctrina más terminante en la materia. Detectado el incumplimiento del legislador (para lo cual habrá, claro está, que dejar pasar un plazo razonable para que haya cometido su tarea), contempla la determinación o intimación judicial de un término para que cumpla con su deber omitido. Si continúa el silencio, el Poder Judicial está habilitado para cubrir el vacío lagunoso - vale decir, a *integrar* el orden jurídico ausente, lo que implica un claro acto de creatividad judicial- siempre que ello fuese razonablemente factible. De no ser posible la cobertura judicial de la mora legislativa, el Tribunal tendrá que establecer una indemnización en favor del perjudicado, por los daños concretos que dicha mora le ha causado.¹⁸

Es de observar que la cláusula constitucional citada contempla soluciones judiciales casuísticas, para cada caso concreto (ello responde al esquema normal vigente en aquella Provincia, de control de constitucionalidad con efectos para el caso específico, y no *erga omnes*). La Constitución deposita en el máximo órgano judicial de la Provincia la resolución de los conflictos de inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales.

17 Sobre las relaciones entre la acción de inconstitucionalidad y el mandamiento de ejecución brasileños, véase, por ejemplo, Bazán, Víctor, "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales, el control de las omisiones constitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina", en varios autores, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, p. 70.

18 Véase Sagües, Néstor Pedro, "La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro", en varios autores, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 109 y ss. Para el mecanismo de "integración" judicial de vacíos lagunosos, cfr. Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 4ª. ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 286 y ss.

- g) *Compulsión constitucional*. Ocasionalmente la Constitución puede afirmar que todas sus cláusulas son operativas, o al menos operativizables por los ejecutores de la Constitución. En tal sentido, *v. gr.*, el artículo 18 de la Constitución del Ecuador (actualizada a 1998), dispuso que “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”. En un orden similar de ideas, el actual artículo 30 de la Constitución del Paraguay dispone que “La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”. Normas de este tipo obligan a los jueces a imaginar las vías de efectivización de una norma constitucional total o parcialmente programática, haciéndola en el caso ejecutivo, de no haber el precepto legal reglamentario

análoga a cuando dicta una ley opuesta a la misma. Constatada la inconstitucionalidad por omisión, el Poder Judicial debe hacer prevalecer la Constitución, tornándola operativa en todo lo que pueda, y de ser necesario, intimando al órgano moroso a que cumpla con su deber constitucional. Correspondiéndole al juez dentro de lo razonable y posible el vacío

A falta de reglas
constitucionales precisas,
cabe interrogarse si los
jueces pueden elaborar
algún mecanismo
pretoriano para combatir la
inconstitucionalidad
por omisión.

6. REMEDIOS JUDICIALES

A falta de reglas constitucionales precisas, cabe interrogarse si los jueces pueden elaborar algún mecanismo pretoriano para combatir la inconstitucionalidad por omisión.

La doctrina tradicional respondía negativamente, al interpretar que el silencio del legislador importaba una suerte de derecho suyo, de tipo discrecional, a no instrumentar la cláusula constitucional programática. La eventual acción de un tribunal a cubrir ese vacío lagunoso podía ser entendida como una invasión judicial al ámbito propio del Poder Legislativo.

Sin embargo, ese panorama ha cambiado en varios países. La argumentación admisorio de la gestión judicial para atender la inconstitucionalidad por mora legislativa en la producción de normas generales parte del supuesto de que la Constitución es norma jurídica obligatoria, a la que están sometidos el legislador y el juez. Si el primero no dicta la ley reglamentaria de una cláusula constitucional programática (siempre que ese encargo no esté supeditado por la propia Constitución a la libre decisión discrecional del legislador, vale decir, siempre que se trate de una norma constitucional programática de cumplimiento obligatorio, y no meramente optativo para el legislador), está violando a la Constitución, de manera

lagunoso, para resolver el caso.¹⁹ Por lo cual éste mediante su labor de interpretación, sin violentar el principio de división de poderes, hace eficaz el precepto constitucional en examen.

Resulta de interés destacar que en ese quehacer, la judicatura ha hecho uso de diversas herramientas para superar a la inconstitucionalidad por omisión.

- a) *Motorización directa de la Constitución*. En este caso, el juez no declara explícitamente que el legislador ha infringido con su silencio a la Constitución, pero entra directamente a cubrir la laguna legislativa, extrayendo de la propia ley suprema los remedios del caso. Por ejemplo se pueden citar en la legislación argentina los casos “Siri”²⁰ y “Kot SRL”.²¹
- b) *Cobertura de la laguna por el derecho internacional y por la judicatura como órgano legislativo delegado*. Este remedio ha tenido una singular

19 Bidart, Campos, Germán J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por Omisión” *El Derecho*, Buenos Aires, pp. 78-785; Spota, Alberto A., *Aportes para la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Operatividad de las cláusulas programáticas incumplidas*, La Plata, 1983, p. 179; Sagües, Néstor Pedro, “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”, *El Derecho*, Buenos Aires, pp. 124-950.

20 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos* 239:459.

21 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos* 241:291.

aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, en el caso “*Productos Avón S.A.*”, de 1999.

- c) *Sustracción de la ley reglamentaria.* Según esta variante, no obstante exigirse la presencia de una ley para efectivizar una norma constitucional o emergente de un tratado, el Poder Judicial entiende que ella no es imprescindible y hace operar directamente a la regla pragmática.

El asunto se ha suscitado en Argentina con motivo del derecho de réplica (llamado también rectificación o respuesta). En el orden nacional no existía cláusula constitucional que lo haya establecido, pero de todos modos sí emanaba del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado al derecho local primero por ley y después, según la reforma de 1994, por cláusula constitucional (artículo 75, inciso 22), incluso con rango de norma constitucional.

Esta forma de suplir la inacción legislativa (ante la tardanza del Congreso en sancionar la ley a la que explícitamente se refiere el Pacto) importa arbitrar la “*solución judicial*” de la mora legisferante, repuntando no indispensable a la ley que falta, y reemplazándola por sentencias judiciales.²²

- d) *Detectación judicial expresa de la inconstitucionalidad por omisión, y cobertura – también judicial – de ella.* Es menester citar la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, del 29 de enero de 1969, en donde dicho tribunal afirmó que el Poder Legislativo viola la Constitución tanto si promulga leyes que no estén de acuerdo con ella como “*si no cumple con el mandato de la misma...*”, es decir “*un mandato al legislador*”, vale decir, un *encargo constitucional* “cuyo cumplimiento no es cuestión de si es de su agrado o no”.

Configurada una situación de tal clase, el Tribunal Constitucional aseveró que se hacía necesaria por parte de la judicatura la realización de la voluntad constitucional “en

lo que es posible llevarla a cabo prescindiendo del legislador”, y siempre que la norma constitucional “involucre un contenido legal suficientemente positivo y claro para que actúe como cláusula general directa sin que peligre la seguridad legal”.²³

En definitiva, según este fallo, los tres requisitos básicos para tornar judicialmente

Una de las dificultades al momento de abordar el tema de la inconstitucionalidad por omisión, es el relativo a que no existe unanimidad en la doctrina por cuanto a su definición y alcances, e igualmente a nivel legislativo su tratamiento ha sido del todo falto de unidad.

operativo el control de inconstitucionalidad por omisión estriba en lo siguiente: directriz constitucional clara, vencimiento de un plazo razonable para que el legislador haya actuado, y posibilidad para la judicatura de realizar el mensaje constitucional *omissionem*, vale decir, sin necesidad de la actuación de dicho legislador.

7. BREVE REFERENCIA A SU TRATAMIENTO EN OTROS PAÍSES²⁴

Considero que una de las dificultades al momento de abordar el tema de la inconstitucionalidad por omisión, es el relativo a que no existe unanimidad en la doctrina por cuanto a su definición y alcances, e igualmente a nivel legislativo su tratamiento ha sido del todo falto de unidad, dado que cada país le imprime características distintas y efectos diversos. Esto en adición a que no todos los países han incluido esta figura en su normatividad vigente, pero aun así, algunos han adoptado soluciones

22 Véase por ejemplo Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos*, 310:508; 311-2553 y *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 1989-11-383.

23 Cfr. Pina, Rolando E., *Cláusulas constitucionales programáticas*, Buenos Aires, 1973, Astrea, pp. 72 a 108. Véase también Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 312-315.

24 Bazán, Víctor, *Op. cit.*, nota 11.

de tipo jurisdiccional o jurisprudencial para los casos que se les han planteado, de lo cual se hacen algunas referencias extranjeras, dentro de ellos la legislación mexicana.

Tal es el caso de Portugal, Brasil y Venezuela, por ejemplo, prevén la inconstitucionalidad por omisión legislativa en forma concreta. Sin embargo, en los casos de Ecuador y Paraguay, se infiere del contenido de varios preceptos constitucionales que prohíben su violación bajo el argumento de que no hay norma reglamentaria.

En cuanto al Estado mexicano, destacan los estados de Veracruz, Chiapas, Coahuila Quintana Roo y Tlaxcala, en Brasil, los estados de Río Grande do Sul, San Pablo Río de Janeiro; en Argentina las provincias de Tucumán y Río Negro, que además estimo que contemplan una de las soluciones más avanzadas en la materia.

Asimismo, tomando en cuenta que no se encuentra prevista dicha figura en la legislación mexicana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto casos en los que ha considerado la omisión legislativa parcial y las ha solucionado ordenando al legislador que proceda a la sanción de las normas respectivas.

Lo anterior, denota que en países con Constituciones escritas y rígidas, donde a partir de los principios de la supremacía constitucional y de la fuerza normativa de la Constitución, se considera que el legislador ordinario ha recibido del poder constituyente determinados “encargos”, contenidos en el texto constitucional, por lo que en ocasiones el órgano facultado o autorizado para crear leyes debe crearlas.

7.1 La inconstitucionalidad por omisión en la legislación costarricense

En el caso de Costa Rica, a través de la reforma constitucional 7128 del 18 de agosto de 1989, se creó la jurisdicción constitucional, incluyendo en el artículo 10: “...corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, con mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público...”²⁵

25 E. Jinesta L. *Sistema de control constitucional en Costa Rica*. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.) “Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica”. Pág. 1.

En tal virtud, en Costa Rica no puede hablarse que únicamente la acción de inconstitucionalidad por omisión sea el mecanismo idóneo para realizar el control de las omisiones inconstitucionales, pues las particularidades del sistema costarricense permiten en el ámbito normativo la implementación del control de constitucionalidad mediante la vía de consulta legislativa de constitucionalidad en cuyo caso la Sala formula una opinión consultiva previa en cuanto a la conformidad con el derecho de la Constitución de los proyectos legislativos y la consulta judicial de constitucionalidad aplicable cuando el juez tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento; asimismo, está previsto el recurso de amparo, tratándose de las omisiones reglamentarias.

7.2 La Inconstitucionalidad por omisión en el Constitucionalismo Mexicano

La inconstitucionalidad por omisión no es del todo extraña al sistema constitucional mexicano, ya que hace poco tiempo “...cuando la problemática de la inconstitucionalidad por omisión fue abordada tanto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en su calidad de órgano de control como por diversas entidades federativas, entre la que se encuentran Veracruz, Tlaxcala, Chiapas y Quintana Roo, donde de forma por demás innovadora se instrumentó un específico y autónomo proceso constitucional para el conocimiento de las omisiones legislativas...”²⁶

Es en el Estado de Veracruz donde, a partir de la reforma integral a su Constitución, llevada a cabo en 2000, se consigna expresamente el proceso de control de la constitucionalidad derivado de la inactividad legislativa. Según el texto constitucional, así como el de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Veracruz, artículo 38 preceptúa que corresponde a la Sala Constitucional sustanciar o tramitar el juicio de inconstitucionalidad por omisión, y el órgano que falla o sentencia es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

En Veracruz se ha establecido además una acción abstracta de inconstitucionalidad por omisión, similar a la que existe en Brasil, aunque en el ordenamiento veracruzano la institución es más restringida, pues se limita a la omisión legislativa, en tanto que en

26 C. Astudillo. *La inconstitucionalidad por omisión*. Pág. 298.

el país sudamericano esta infracción puede ser cometida por “todo ente que esté capacitado para dictar normas jurídicas por lo que no se restringe sólo al Poder Legislativo”,²⁷ en tanto que la Constitución de Veracruz sí se restringe sólo a la inactividad legislativa (normativa) del órgano legislativo estatal.

Los elementos constitutivos de la infracción constitucional por omisión legislativa resultan ser: a) la no aprobación de una ley o decreto por parte del Congreso del Estado, y b) una afectación del debido cumplimiento de la Constitución local, debido a tal inactividad. Por ello es que, para la declaración de inconstitucionalidad correspondiente, debe demostrarse el incumplimiento de algún precepto constitucional derivado de la falta de desarrollo normativo del mismo o bien de alguna otra circunstancia derivada de la inactividad del órgano legislativo. Por ende, tal afectación al debido cumplimiento reviste la forma de falta de eficacia plena de alguna norma constitucional.

La Suprema Corte de Justicia se ha ocupado del tema de la omisión legislativa, entendida como inactividad normativa del órgano legislativo, tanto en el caso de la falta de desarrollo legislativo de un derecho individual constitucionalmente consagrado como tratándose de omisiones legislativas que no causan un agravio personal directo.

7.3 La Inconstitucionalidad por omisión en la legislación guatemalteca

Inicio manifestando que el ordenamiento jurídico guatemalteco no contempla legislación que regule la procedencia de *inconstitucionalidad por omisión*, cuya estimativa conlleve la exhortación al Congreso de la República para que legisle en determinado sentido, no obstante se debe tomar en cuenta que la Constitución es la norma jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico y se tiene como norma de rango constitucional a las contenidas en regulación internacional en materia de derechos humanos, por lo que se encuentran sobre la legislación ordinaria, exigiendo que ésta última no sea contraria a la normativa dada en la Constitución y a la contenida en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si el legislador en su silencio generara situaciones contrarias a dichas regulaciones, este silencio sería una causa posible de declarar la inconstitucionalidad por omisión, cuando se constituya una violación a la Constitución; en consecuencia, ante un planteamiento de inconstitucionalidad la Corte guatemalteca ha indicado que debe proceder a estudiar, confrontar e interpretar las normas que se cuestionen con las disposiciones constitucionales.

Es viable entonces, el conocimiento y resolución por parte del máximo Tribunal Constitucional, de las inconstitucionalidades producidas por omisión legislativa cuando ésta redunde en violación al texto constitucional y supremacía de la Constitución, al regular de manera incompleta una norma o la ausencia de ésta.

En ese contexto, la Corte guatemalteca ha sostenido que no puede admitirse en el desarrollo legislativo interno de un Estado, una regulación insuficiente que limite garantías constitucionales, pues ello tornaría no sólo en incumplimiento de compromisos internacionales sino, de igual manera, podría generar responsabilidad internacional dimanante de aquel incumplimiento. Además ha considerado que las omisiones relativas (por regulación insuficiente), son las que pueden válidamente repararse si se acude a la vía de inconstitucionalidad general abstracta, denunciando que en un precepto se ha omitido el cumplimiento de un deber previsto constitucionalmente.

También debe acotarse, que en algunas oportunidades la citada Corte, ha negado en sus fallos que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sean parámetro para ejercer el control de constitucionalidad, sin embargo, en otros fallos, éste mismo Tribunal Constitucional, como garante de la supremacía constitucional, se ha apoyado en tratados internacionales en materia de derechos humanos para los efectos de argumentar por una parte la contravención a los preceptos constitucionales y por otra el reconocimiento de su fuerza normativa.

Dentro de este mismo argumento, si bien en nuestro medio no son usuales los planteamientos de inconstitucionalidad por omisión relativa, la Corte de Constitucionalidad, con fecha 17 de julio de 2012 emitió sentencia, dictada dentro del

²⁷ Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, Op. cit., nota 35. P. 281. Este autor considera que la Constitución brasileña amplía incorrectamente la institución de la inconstitucionalidad por omisión, lo cual atenta contra la concreción y la seguridad jurídica.

expediente número 1822-2011,²⁸ a través de la cual declaró *la inconstitucionalidad por omisión*, aplicando de una manera innovadora a mi juicio el bloque de constitucionalidad, los estándares internacionales como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes y la inconstitucionalidad por omisión parcial, citando para el efecto, doctrina y jurisprudencia internacional, no obstante, no tenerse fijado plazo en la Constitución Política, exhortando al Congreso de la República como órgano del Estado dotado de iniciativa legislativa a asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir omisiones legislativas, lo cual considero sumamente importante dentro de la normativa nacional.

Más recientemente dentro de la innovación a la cual ya se hizo alusión, la Corte de Constitucionalidad ha admitido que están sujetas al control de constitucionalidad las *omisiones relativas*. Es aceptado en la doctrina que la inconstitucionalidad por omisión debe reunir ciertos elementos, siendo estos: existencia de mandato de legislar, derecho subjetivo a la legislación, plazo de inactividad legislativa y violación constitucional²⁹.

Debe acotarse además, que la Constitución Política como norma fundamental del ordenamiento jurídico, confiere a la Corte, como máximo intérprete del texto supremo, la función esencial de defensa del orden constitucional y, congruente con ella, la de conocer en única instancia de las acciones de inconstitucionalidad abstracta. Constituye doctrina ley de ese tribunal que entre aquellas acciones, es viable el conocimiento de planteamientos en los que lo que se señala es un vicio de inconstitucionalidad por omisión legislativa al inobservar un mandato establecido constitucionalmente. Esa omisión debe ser de las denominadas "*relativas*", que concurren cuando en la *emisión de una norma*, el legislador no actúa a pesar de que existe vigente, en ese momento una expresa previsión constitucional dirigida a que se asuma una determinada posición legislativa, o cuando se legisla de manera deficiente o insuficiente una regulación. El anterior criterio muestra claramente según mi punto de vista, que la única vía idónea para denunciar la inconstitucionalidad de una norma por omisión legislativa (por regulación insuficiente) es la acción de inconstitucionalidad de carácter general regulada en el artículo 267 del Texto Supremo.

En el presente caso, debe además expresarse que en el ordenamiento jurídico guatemalteco *no está contemplada* la posibilidad de plantear *inconstitucionalidad ante la actitud omisiva total* por parte del órgano legislador, lo que en la jurisprudencia colombiana, si está permitido, denominándose *Inconstitucionalidad por omisión absoluta*.

La familia es un conjunto
de personas que van
descendiendo de un tronco
principal común, la cual
en sentido amplio incluye
ascendientes y descendientes
y en el sentido más estricto se
conforma por los padres y sus
hijos menores.

Para concluir debe anotarse además que recientemente, en el año dos mil doce se dictó una sentencia que quizá constituye el paso más significativo en cuanto a la viabilidad de una inconstitucional por omisión, en la variedad relativa,³⁰ ya que fue acogido el planteamiento.

Es pertinente entonces finalizar destacando que los distintos fallos dictados por la Corte, dejan abierta la posibilidad de que pueda ser promovida una *acción de inconstitucionalidad por omisión* asentando que todo señalamiento debe estar sustentado en una transgresión constitucional no sólo por inobservancia directa a fragmento alguno de la Constitución, sino también por incumplimiento de un deber que emana del texto fundamental.

La inclusión de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa incide en una mejora de justicia constitucional de nuestro país, constituye un avance en el acceso a la justicia constitucional y es un paso firme encaminado a su modernización.

³⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de 24 de octubre de 2017, Expediente 2112-2016

²⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de 17 de julio de 2012, Expediente 1822-2011.

²⁹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de 10 de diciembre de 2013, Expediente 1135-2013.

8. CONCLUSIONES

A modo de reflexiones finales de todo lo expuesto en el presente trabajo señalo:

El tema de la inconstitucionalidad por omisión ha sido históricamente una suerte de *politicalquestion*, o cuestión no justiciable. El silencio o la mora legislativa fueron reputados asuntos reservados a la discreción y voluntad de quien debía dictar la norma general faltante, y sobre lo cual no debía expedirse la justicia.

En las últimas décadas, en cambio, ha crecido la doctrina que reputa a la *inconstitucionalidad por omisión* como un tema preocupante, que debía exigir remedios constitucionales para resolverlo, sea por la Constitución misma, por leyes ordinarias e incluso respuestas pretoriantas por los tribunales, aunque no hubiese ley reglamentaria sobre el tema.

En definitiva, a la justicia constitucional de nuestros días se le exige que atienda de algún modo efectivo a la inconstitucionalidad por omisión, que se perfila como una inconstitucionalidad más que tiene que ser inexorablemente asumida y resuelta. De haber fórmulas constitucionales o legales para atacarla, ellas deben ser transitadas.

La violación a la Constitución que significa la inconstitucionalidad por omisión en cualquiera de sus variantes, (incluso, en la no producción de normas ordinarias instrumentadoras de las reglas constitucionales programáticas), no debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente, no instrumente a su vez remedios procesales para atacar a aquella inconstitucionalidad por omisión. En definitiva, es al Poder Judicial a quien le toca diseñar tales vías procesales, si el legislador común no lo hace.

También se ha visto que el derecho internacional, a través -por ejemplo- del Pacto de San José de Costa Rica, puede resultar una fuente jurídica provechosa para cubrir eventuales lagunas domésticas.

En síntesis, lo importante es imaginar y aplicar una solución operativa. Lo inadmisibles es a mi criterio, que los tribunales no se queden cruzados de brazos, so pretexto de que no hay una norma procesal explícita para combatir a la inconstitucionalidad por omisión.

De lo anterior se concluye que:

1. Una justicia constitucional, por definición, comporta un riesgo de politización dada la trascendencia y la naturaleza de los asuntos que a menudo resuelve, a través de cánones jurídicos. Por ende, cada país, cada cultura jurídica, atendiendo a sus propias características históricas, económicas, demográficas, etc., debe buscar la consecución óptima de ese diseño técnico.
2. La omisión o inactividad legislativa puede llegar a constituir una infracción a la Constitución al crear situaciones normativas contrarias a ésta, principalmente por la falta de desarrollo de algún precepto constitucional. Esta inactividad puede llegar a afectar la plena vigencia de la Constitución, por lo que deben crearse mecanismos procesales idóneos para dar solución a la problemática que la ausencia de vigencia plena de la norma constitucional puede acarrear.
3. El derecho extranjero (Estados Unidos de América, Portugal, Brasil, Argentina, entre otros,) han desarrollado instituciones de derecho procesal constitucional distintas para estas situaciones; como por ejemplo un mecanismo de tutela de derechos públicos subjetivos que permite, mediante la intervención del juez, el ejercicio del derecho afectado por la omisión legislativa, que en algunos países latinoamericanos ha desarrollado exitosamente el "Amparo".
4. La figura de la inconstitucionalidad por omisión, sí se contaran con mecanismos idóneos en la legislación de cada país, pudiese llegar a constituir una verdadera garantía constitucional, a través de la cual se puede accionar ante la inactividad del poder legislativo, al cumplimiento de un mandato instruido por el poder constituyente en la Constitución.
5. El estudio y análisis de la inconstitucionalidad por omisión debe ser una actividad desarrollada no sólo por el Órgano Legislativo y Ejecutivo, sino también por el Órgano Judicial, pues aunque éste no puede modificar los textos normativos, sí puede, mediante su labor de

interpretación, modificar el sentido de los mismos, en aras del principio de *Supremacía Constitucional* y de su función como guardián de derechos individuales y sociales que la Constitución prevalece.

9. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Libros

- ASTUDILLO, César, *"La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México"*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2000.
- BAZÁN, Víctor, *"Inconstitucionalidad por omisión"*, *La experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino*. En: *Entre Abogados*, San Juan, año IV, No 8, 1996.
- BAZÁN, Víctor, *"Repuestas normativas y jurisprudenciales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado"*, en Carbonell, Migue (coord.).
- BIDART CAMPOS, Germán J., *"La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión"* *El Derecho*, Buenos Aires, pp. 78-785; Spota, Alberto A., *Aportes para la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Operatividad de las cláusulas programáticas incumplidas*, La Plata, 1983, p. 179;
- BIDART CAMPOS, Germán J., *"Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro"*, En: *El Derecho*.
- CABRALES LUCIO, José Miguel, *"Algunas notas sobre la construcción doctrinal y jurisprudencial de la presunción de constitucionalidad de la Ley en Estados Unidos de America"*, *Parlamento y Constitución*, Anuario, año 2011, núm. 14, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *"La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad"*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014.
- CAPELLA, Juan R., *"Elementos de análisis jurídico"*. Madrid, Trotta, 1999.
- CAPITANT, Henri, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1996.
- COSSIO DÍAZ, José R., *"La justicia constitucional en México"*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco A., *Diccionario de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1986.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J., *"Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión"*, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *"La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza económica?"*, en varios autores, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *"El control judicial interno de convencionalidad"* IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. V, núm. 28, diciembre, 2011.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *"Introducción filosófica al derecho"*, Buenos Aires: Depalma, 1973, 4ª. ed.
- JINESTA L. E., *"Sistema de control constitucional en Costa Rica"*. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.) *"Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica"*.
- MIJANGOS BORJA, María de la Luz, *"La naturaleza jurídica de la acción de inconstitucionalidad 4/98"*, *Revista Mexicana Cuestiones constitucionales*, núm. 002, enero-junio de 2000, UNAM, México.

- PINA, ROLANDO E., “Cláusulas constitucionales programáticas”, Buenos Aires, 1973, Editorial Astrea.
- PULIDO ORTIZ, Fabio Enrique, “Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista”, *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores*, vol. 14, No. 27, 2011.
- SAGÜES, María S., “Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión”. En Eduardo Ferrer-Macgregor (coord.)
- SAGÜES, María S., “La acción de amparo como instrumento de control de la inconstitucionalidad por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud”, *Jurisprudencia Argentina*, núm. Especial de Derecho Procesal Constitucional, 19 de septiembre de 2001, p. 55.
- SAGÜES, Néstor P., “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en varios autores, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 109 y ss.
- SAGÜES, Néstor P., “Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”. En: *El Derecho*, Buenos Aires. Argentina, Tomo I.
- TAMAYO y SALMORÁN, R., “Anuario Jurídico I”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1974.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2005; véase también Silva, José Alfonso da, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, trad. De Nuria González, Martín, México, UNAM, 2003.

Diccionarios Consultados

- OSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1992.

Egrafía

- **Instrumentos de tutela y justicia constitucional**
<https://goo.gl/tzJG2V>
- **Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM**
www.juridicas.unam.mx
- **Biblioteca Jurídica Virtual, IJ UNAM**
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

Otras fuentes

- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 239:459.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 241:291.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos, 310:508; 311-2553 y *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 1989-11-383.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de 17 de julio de 2012, expediente 1822-2011.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de 10 de diciembre de 2013, expediente 1135-2013.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de 24 de octubre de 2017, expediente 2112-2016.

Sobre la Autora

CLAUDETTE DOMÍNGUEZ GUERRERO

Jueza del Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Mayor Riesgo “A”.

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Claudette Domínguez Guerrero

1. LA TAREA INTERPRETATIVA. ¿CONSTITUCIÓN ESTATUA O CONSTITUCIÓN VIVIENTE?

El tema *interpretación* del derecho asume cada vez mayor importancia. Ello es así porque la suerte de las normas jurídicas depende, en un porcentaje decisivo, de cómo se las interprete. La interpretación regula el contenido de los preceptos: aclara qué es lo que ellos dicen u ordenan.

La doctrina clásica veía en la constitución un texto o documento, tal vez parecido a un testamento; algo ya hecho, algo a cumplir, con la mayor fidelidad posible.

La doctrina tradicional enseña que la función de *interpretar* tiene por meta averiguar el *sentido o el significado de una norma*. Importa, por ende, el trabajo de *hallar o encontrar algo preexistente*.¹ Desde esta perspectiva, se es mejor *intérprete* cuando se logra *descubrir* el auténtico mensaje encapsulado en la norma, despojándolo de errores, dudas, ambigüedades o confusiones.

Otra concepción más moderna, entiende por *interpretar* la formulación de respuestas normativas para resolver los problemas que debe enfrentar el

operador del sistema jurídico. En ese quehacer, la misión del intérprete es *construir o fabricar el sentido*, o si se prefiere, *atribuir un significado*, para la regla constitucional que tiene bajo examen. Esto le obliga, necesariamente, a realizar una tarea *creativa*, y desde luego muy *activa*.

La doctrina clásica veía en la constitución un *texto o documento*, tal vez parecido a un testamento; algo *ya hecho*, algo *a cumplir*, con la mayor fidelidad posible. El *intérprete ideal* de la Constitución debía ser, por tanto, algo así como un albacea o fiel ejecutor, sumiso a la letra y al espíritu del redactor de la Constitución-testamento, o sea, a la voluntad del constituyente histórico. Tal vez podía también hablarse aquí de la “Constitución estatua”: un objeto valioso e incorruptible al que hay que preservar de mutilaciones, retoques o cambios que modifiquen su fisonomía, y mantenerlo tal como lo hizo el artista-constituyente.

Por el contrario, la tesis de la *Constitución viviente* (*living constitution*), refiere a “Una constitución es lo que el gobierno y el pueblo, que gravitan en los

¹ Ver WRÓBLEWSKY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, p. 18; Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, p. 55.

asuntos públicos, reconocen y respetan como tal; lo que piensan que es..."²

2. CLASES DE INTERPRETACIÓN EN FUNCIÓN DE LOS SUJETOS QUE LA LLEVAN A CABO

Son varios los protagonistas de la interpretación constitucional. En función de ellos se generan diversas clases o especies de interpretación.

- a) *Auténtica*. Es la realización por el autor de la Constitución o por quien tenga el poder de hacerla. Algunas veces el propio constituyente dicta reglas interpretativas. (p. ej., art. 126, Const. de Malta).

En ciertos casos, quien dictó la Constitución puede haber finalizado como poder constituyente, pero continuó como poder legislativo ordinario (tal fue el caso, según se recordó, de la Argentina en 1853 y Perú en 1993).

- b) *Definitoria*. Es la que adopta el intérprete final de la Constitución, y que puede ser por ejemplo la Corte Suprema de Justicia en los Estados Unidos de América, el Tribunal o Corte Constitucional en Italia. El Congreso Nacional en Ecuador, según los arts. 130, inc. 4, y 284 de la Constitución de 1998 en ese país, interpreta la Constitución "de un modo generalmente obligatorio", con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. WRÓBLEWSKY llama a este tipo exégesis "interpretación legal".³
- c) *Operativa*. Es la practicada por los ejecutores de la Constitución, para efectivizarla en supuestos reales. Es una interpretación *para la acción*, común en los tribunales (pero también en cualquier agente del poder que debe aplicarla en el ejercicio de sus funciones).

También es *operativa* la interpretación que hacen las partes de un proceso, o los protagonistas de la actividad política al requerir, por ejemplo, el ejercicio de un derecho constitucional (permiso para realizar un acto público, ejercicio del derecho de huelga, etcétera). Se podría denominar a esta variable "interpretación *operativa parcial*", por estar al servicio de intereses generalmente sectoriales, al revés de la

que deberían realizar ciertos operadores oficiales (p. ej., jueces), que idealmente es *imparcial* (en tutela del bien público).

3. REGLAS DE CONTENIDO Y DE PREFERENCIA

Conviene advertir que la tarea exegética está disciplinada por dos tipos de normas: las reglas de *contenido*, y las de *preferencia*⁴.

Las reglas de contenido apuntan a descifrar cuál es el mensaje de la Constitución (doctrinas clásicas) o a elaborarlo (doctrinas más contemporáneas). Las de preferencia son las que cotizan los diferentes resultados y privilegian unos por sobre otros (p. ej., se valora la interpretación histórica sobre la gramatical, o viceversa).

Inicialmente, hay dos modos de realizar el trabajo interpretativo de un precepto constitucional: analizarlo aisladamente o apreciarlo como parte de un todo. La primera actitud concluye la tarea interpretativa cuando el jurista llega a definir el sentido de la regla bajo examen, según la regla de contenido (significado) y de preferencia que haya manejado. El método sistemático, en cambio, obliga a un esfuerzo mayor: se trata de compaginar el artículo del caso con los restantes del cuerpo constitucional.

El método sistemático (también llamado "orgánico") se basa en el principio de unidad de la Constitución⁵ o de la concepción de la Constitución como un sistema⁶. Sus pautas fundamentales son las siguientes:

- a) La Constitución es un todo orgánico⁷, y sus normas deben aplicarse concertadamente.
- b) No hay "cláusulas solitarias" en la Constitución. Ninguna puede interpretarse aisladamente.
- c) Las reglas de la Constitución deben

4 WRÓBLEWSKY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, p. 36. En el caso de Uruguay, el Congreso interpreta la constitución (art. 85, inc. 20, de la misma), pero la Corte Suprema puede declarar inconstitucionales a las leyes, teniendo al respecto jurisdicción originaria y exclusiva (art. 256 y 257).

5 HOYOS, *La interpretación constitucional*, p. 23.

6 VIGO, *Interpretación constitucional*, p. 116 y siguientes.

7 PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Constitucional*. Madrid: Marcial Pons. 2005, p. 144.

interpretarse coordinadas⁸ y armonizadamente entre sí, evitándose la mutua destrucción de ellas; el resultado de la hermenéutica ha de conducir hacia algo constructivo.

- d) La interpretación de Constitución tiene que cuidar el equilibrio de su conjunto. Ningún precepto debe ser magnificado ni minimizado.
- e) La Constitución guarda una lógica interna. "Ninguna palabra o cláusula puede ser rechazada como superflua o carente de sentido, sino que cada una debe dársele su debida fuerza y sentido adecuado"⁹.

La tesis de la *interpretación sistemática* es la imperante. Propone una *exégesis coordinada, anti conflictiva, equilibrada y útil* de la Constitución. Da por sobreentendido, además, que ésta es coherente consigo misma.

Paralelamente, si se visualiza a todo el ordenamiento jurídico (y no sólo a la Constitución) como un sistema, esta doctrina propone tanto una interpretación armonizante *de* la Constitución (entre sus distintas cláusulas), sino también *entre ella* (o desde ella) y el resto de las normas subconstitucionales. Tal variable de la interpretación armonizante aconseja que -por ejemplo- si una ley admite dos o más interpretaciones, una de ellas acorde con la Constitución y otra (u otras) opuesta, el exegeta debe preferir la que coincide con la Constitución. Tal regla de preferencia se justifica por dos razones: una, porque hace funcionar todo el aparato normativo de un Estado en consonancia con la Constitución; y otra, porque optando por una interpretación *constitucional* del precepto en cuestión, se evita su declaración de inconstitucionalidad (cosa que habría que hacer, en o cambio, si se eligiese una interpretación inconstitucional de la norma del caso).

Tal variante *armonizante*, es también llamada *interpretación adaptativa, conciliadora o de la conformidad constitucional* de las normas inferiores de la

Constitución¹⁰.

Asimismo, debe interpretarse que la Constitución debe ser un instrumento de agregación y no de desagregación política de la comunidad¹¹. Esto porque el resultado de la interpretación para que sea válido debe contribuir a integrar, pacificar y ordenar

Si se visualiza a todo el
ordenamiento jurídico
(y no sólo a la Constitución)
como un sistema, esta
doctrina propone tanto una
interpretación armonizante de la
Constitución, sino también entre
ella y el resto de las normas
subconstitucionales.

las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad¹².

4. CONTRADICCIONES NORMATIVAS

La *contradicción normativa*, como la denominan English, Somló, Larenz, o *inconsistencia* (Ross), o *incoherencia* (Alchourrón, Bulygin), ocurre cuando una o más normas de la Constitución disponen dos consecuencias jurídicas que se excluyen recíprocamente; o "cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas". "Desde siempre se ha considerado, escribe LARENZ, que la misión de la interpretación no es sólo eliminar puntos oscuros, sino una manera de resolver el problema cuando se trata de normas de distinta jerarquía (v.gr., contradicción entre la Constitución y una ley ordinaria) es hacer prevalecer la que tiene supremacía. Si se trata de normas constitucionales

8 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de 8 de febrero de 2011, expediente 1994-2009.

9 Sobre estas directrices, ver CSJN, *Fallos*, 289:200; 258:267; 296:432; 240:319; 1:300, y 234:482). Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en "Knowlton v. Moore" (año 1990), citado en varios, *La Constitución de los Estados Unidos de América*, t. I, p. 69.

10 Sobre el tema, FIX ZAMUDIO, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, p. 72; BIDART CAMPOS, *a Derecho y Constitución*, p. 282. Para la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, la interpretación armonizante es viable en tanto no se viole la letra o espíritu de la norma subconstitucional, si la norma es intrínsecamente inconstitucional, por ende, así habría que declararlo (caso "Outón", LL, 126-292).

11 BARDELLI LARTIRIGOYEN, Juan Bautista. "El juez Constitucional". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ciudad de México: Fundación Honrad Adenauer, 2008, p. 20.

12 Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 8 de noviembre de 2005; expediente 5854-2005-PA/TC.

de idéntica jerarquía, la posterior (al menos como principio) predomina sobre la anterior. Pero cuando dos normas *simultaneas y protocolariamente iguales* se contradicen (p. ej., dos artículos sancionados al mismo tiempo de la Constitución), *Kelsen* explica que son tres los caminos posibles: aplicar una de ellas, aplica la otra, o considerar que las dos se anulan recíprocamente. Por lo cual el intérprete “tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que, entre las diversas interpretaciones posibles, una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto”¹³.

Ante la presencia de una contradicción normativa en el seno de la Constitución, el primer deber del intérprete es denunciarla, asumirla y resolverla. La interpretación orgánica o sistemática nunca debe partir de dogma de la absoluta coherencia de un documento constitucional, porque como obra humana que es, resulta posible que incluya algunas inconsistencias.

Y dentro del campo de las soluciones, cabe entender que, si la contradicción anida en el texto de la Constitución, ella puede resolverse recurriendo a la intención del constituyente. Finalmente, si las dudas subsisten, bueno es hacer predominar, de las dos normas contrapuestas, la más justa y útil (es decir, la más apropiada para el bien común). La opción de la norma más justa, entre dos disposiciones es, por cierto, plenamente razonable¹⁴.

5. CONTRADICCIONES IDEOLÓGICAS

Tanto o más importantes que las contradicciones *normativas*, son las *contradicciones ideológicas* que puede haber en un mismo texto constitucional.

Toda Constitución, en efecto, responde a determinada pautas doctrinales o ideológicas. Sus preceptos no nacen de la nada, ni se dictan para cualquier fin, sino que son tributarios de intereses y demandas sociales, económicas, culturales, etc.

Tales contradicciones, de haberlas, cronológicamente hablando son *concomitantes o escalonadas*.

a) Concomitantes:

Ocurren cuando al tiempo de dictarse una Constitución, ella contiene dispositivos tributarios de corrientes ideológicas distintas. Por ejemplo, la Constitución alemana de Weimar, es reputada como una ley suprema de tipo transaccional entre el socialismo y el liberalismo¹⁵. La Constitución argentina de 1853-1860, a su turno, tiene ingredientes de tipo liberal-individualista, pero también otros de naturaleza cristiana tradicional¹⁶.

La interpretación orgánica o sistemática nunca debe partir de dogma de la absoluta coherencia de un documento constitucional, porque como obra humana que es, resulta posible que incluya algunas inconsistencias.

b) Escalonadas:

Se producen con la colaboración del tiempo. Una Constitución, por ejemplo, puede ser de origen liberal, correspondiendo al constitucionalismo de la primera etapa; pero después, por sucesivas enmiendas, se le agregan cláusulas con otra orientación doctrinal (v.gr., de tipo social, del constitucionalismo de la segunda etapa), o se le recortan dispositivos del texto inicial, alterándose así, por uno u otro conducto, la fisonomía primitiva del documento.

En constituciones de larga data tal fenómeno es fácil de ver. En la Argentina, por ejemplo, la Constitución de 1853 mantuvo su dualidad ideológica (liberal-cristiana) con las reformas de 1860, 1866 y 1898.

Si la contradicción ideológica es escalonada, el principio *lex posterior derogat priori* podría autorizar que la ideología de la última reforma de la Constitución triunfe sobre las ideologías precedentes, entre otras cosas porque se supone que es la ideología

13 KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 164 a 169.

14 Explica BORDA, por ejemplo, que “si de un texto legal pueden resultar dos o más interpretaciones distintas, debe preferirse aquella que sea más justa y que resuelva con mayor acierto y equidad los intereses en juego” (*Tratado. Parte general*, t. I, p. 209).

15 SCHMITT, *Teoría de la constitución*, p. 35, 62 y siguientes.

16 Ver SAMPAY, *La filosofía del iluminismo y la Constitución argentina de 1853*, p. 7 y ss., 25, 31 y 58.; Bidart Campos, *La tipología de la Constitución argentina*, p. 23; Romero, *Introducción al derecho constitucional*, p. 74.

de la comunidad actual.

Una receta que parece infalible para superar las disputas ideológicas intraconstitucionales, es solucionarlas aplicando la *ideología más legítima*. Debe indicarse, además, que, de hecho, las oposiciones ideológicas de la Constitución se resuelve según la voluntad ideológica del intérprete-operador de la Constitución, cosa que importa, recordando a *Kelsen y a Ross*, ejercitar una opción política. Ello alerta sobre la importancia de los procedimientos de selección y nombramiento de los intérpretes finales de la Constitución (en particular, Cortes Supremas y Cortes Constitucionales).

6. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL VERSUS INTERPRETACIÓN VOLUNTARIA

a) La interpretación gramatical:

La *interpretación gramatical* atiende primera y predominantemente al *texto* del precepto constitucional.

En viejas palabras de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, por ejemplo, al entenderse la Constitución como un documento escrito (“*South Carolina v. United States*”), su interpretación “es una cuestión del significado de las palabras empleadas” (“*Knowlton v. Moore*”). Al respecto, debe dárseles a éstas la acepción que tienen en el uso común (“*Tennessee v. Whitworth*”); vale decir; que las palabras deben tomarse en su sentido natural y obvio, y no en un sentido irracional, restringido o ampliado (“*Unión P. R. Co. V. Peniston*”), porque quienes redactaron la Constitución y el pueblo que la adoptó, emplean generalmente las palabras que más directa y apropiadamente expresan las ideas que entienden expresar, empleando las palabras en su sentido natural (“*Gibbons v. Ogden*”).

También, la Corte añade que cuando el significado de una disposición es llano y claro, resulta innecesario recurrir, en la interpretación, a ayudas subsidiarias, y ello no puede aceptarse para restringir o ampliar el texto: “no puede haber interpretación donde no hay nada que interpretar” (“*Mc Pherson v. Blacker*”). Por ello cuando el texto de una disposición constitucional no es ambiguo, los tribunales no están en libertad para inquirir su significado más allá del documento mismo

(“*DarmouthCollege v. Woodward*”)¹⁷.

La doctrina de la interpretación literal tiene, por supuesto, varias dificultades que superar. Algunas veces no existe un texto único y oficial de la Constitución, sino que circulan varios, diferentes en puntuación y hasta en palabras¹⁸. En otros casos, si la Constitución es antigua, el significado de las palabras puede haberse alterado con el transcurso del tiempo, tanto en sentido ideológico (p. ej., *igualdad* no quiere decir lo mismo ahora que cuando se sancionó en 1787 la Constitución estadounidense), o *técnico* (así, la palabra *promulgación*, que al dictarse la Constitución argentina de 1853 comprendía al concepto de *publicación*, en tanto que para muchos en la actualidad no lo hace, por lo que podría haber promulgación sin publicación)¹⁹.

b) La interpretación voluntarista:

Con la expresión *interpretación voluntarista* se hace alusión a dos posturas diferentes, que son las de la *voluntad del legislador* y de la *voluntad de la ley*. Ambas tienen en común, hacer prevalecer al factor *voluntad* sobre la exégesis gramatical o literal de un texto.

La interpretación según la *voluntad del legislador* es llamada también *interpretación histórica y subjetiva*. Tiene un fundamento muy consistente: si la norma constitucional, en definitiva, una directriz (orden, propuesta, oferta, mandato, etc.,) parece lógico entenderse según los deseos de su autor (el constituyente). Tal sería la interpretación *fiel* del precepto, respetuosa del valor *verdad*.

Para dirimir el conflicto entre una interpretación meramente literal y la histórica, esta última tendencia se ve forzada a clasificar las reglas jurídicas en dos categorías: *fieles e infieles*²⁰. Las primeras son las que reflejan la voluntad auténtica de su autor, y no ofrecen oposición entre su lectura gramatical y la histórica. Las segundas, por el contrario, no dicen adecuadamente lo que su autor quiso decir; y en ellas, cabe privilegiar

17 *Constitución de los Estados Unidos de América*, t. I, p. 66 y siguientes.

18 Tal fue el caso de la Argentina, después de la reforma de 1860, que aprobó un texto conformedo oficial, que en la práctica no se seguía. La Convención de 1994 ha aprobado un nuevo texto remunerado y compatibilizado, el 22 de agosto de 1994, pero éste a su vez fue retocado después por una ley del Congreso (24,430), so pretexto de publicar una versión oficial sin errores. De hecho, circulan dos textos: el de la Convención y el de la ley.

19 SAGÜES, *Las Leyes secretas* p.95.

20 GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 257.

la lectura histórica sobre la literal. El espíritu, el mensaje debe prevalecer sobre la letra. Para la Corte Suprema Argentina, por ejemplo, la misión judicial no se agota con la sola “consideración indeliberada de la letra de la ley” (caso “Manzanares”). Al mismo tiempo, una hermenéutica correcta tiene que apreciar no sólo la literalidad del texto normativo, “sino también los fines perseguidos con su sanción” (“Outón”), y el *espíritu de la ley*, o sea, la *intención del legislador*, debe ser determinado cuando fuera de la letra de la norma conste en forma clara y evidente (“Ferrocarril de Buenos Aires”)²¹.

Por último, la interpretación según la *voluntad de la norma* juzga que ésta tiene un *sentido objetivo*, independiente del propósito anímico del legislador (constituyente, en su caso). Esa *ratio legem*, propone como decisivo no lo que el legislador quiso, sino lo que la ley quiere: “la voluntad de la norma se impone a la voluntad del legislador”. Y esa *voluntas legem* estaría definida, básicamente, por el criterio teleológico o finalista: averiguar cuál es el objetivo de la norma del caso, y del instituto jurídico al que ella pertenece²².

7. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA, RESTRICTIVA Y SUSTITUTIVA

- a) La *interpretación extensiva* indica que, si la norma constitucional *dice* menos de lo que en realidad el constituyente histórico quiso decir, cabe *ampliar* el sentido literal de la cláusula, para recepcionar el auténtico mensaje normativo deseado por aquel constituyente.

Tomemos un ejemplo, el art. 33 de la Const. Argentina, la cual trata de la cláusula de los derechos *no enumerados*, o *implícitos*, tomada de la enmienda IX de la Const. Estadounidense.

- b) Respecto de la *interpretación restrictiva*, a la inversa, puede ocurrir que la norma constitucional exprese en su redacción *más* de la voluntad genuina el constituyente, en cuyo caso corresponde *recordar* el significado de la cláusula a lo realmente querido por aquél.

21 Ver, por ejemplo, CSJN, Fallos 249:37; 235:453; 267:219; 111:334 y 367.

22 ARAGÓN, *La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*, “Anales”, t. XXV, p. 185, 194 y ss.; ver igualmente, ORTECHO VILLENA, *Criterios de aplicación de las leyes. Interpretación constitucional. Interpretación de tratados*, p. 125.

Así el art. 117 de la actual Const., argentina declara la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia nacional en todos los litigios “en los que alguna providencia fuese parte”.

- c) En lo que atañe a la *interpretación sustitutiva*, GOLDSCHMIDT alerta que algunas veces la norma es *infiel* no porque diga *más o menos* que aquello que el constituyente quiso expresar, sino porque describe *algo distinto a tal voluntad*. En ese supuesto, comenta, “el remedio consiste en *sustituir* la expresión equivocada por la deseada”.²³

8. INTERPRETACIÓN ESTÁTICA VERSUS INTERPRETACIÓN DINÁMICA

La posición estática (que algunos denominan asimismo *preservacionista*) es renuente a aceptar el vigor del derecho consuetudinario contrario a la Constitución escrita y desconfía del *desarrollo* de la Constitución por los jueces.

Interesa averiguar qué métodos interpretativos alientan la interpretación estática. En buena medida lo hace la interpretación literal o gramatical, según la versión que propone entender a las palabras de la constitución tal como se definían en la época en que se sancionó (en cambio, la interpretación gramatical que da a los términos el significado del momento actual, tiende a ser evolucionista). También se inclina a la interpretación estática la interpretación voluntarista subjetiva, o de la intención del autor de la norma.

Mientras que la interpretación estática *mira hacia atrás* para entender a la constitución, la dinámica *mira hacia el presente, y también hacia el futuro*. Por eso, propone ver en la constitución un *instrumento de gobierno*, asigna un rol preponderante al juez en la tarea de cubrir las lagunas constitucionales, definir las incertidumbres de la constitución, interpretar las palabras de ésta a tenor de su significado actual y no la del histórico, y pregonar una permanente *adaptación* del texto constitucional a las realidades presentes.

Veamos algún ejemplo de lo que podría denominarse “interpretación dinámica moderada”, según lo interpreta la Corte Suprema argentina. Ella apunta, a que la constitución es una *creación viva, impregnada de realidad*, y que debe funcionar “a fin de que

23 GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 268.

dentro de su elasticidad y generalidad siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación”²⁴. Además, “la constitución tiene la virtud de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes de la que existían a la época de la sanción”²⁵, por lo que es una norma destinada a perdurar regulando la evolución de la vida nacional, criterio éste también sustentado por la Honorable Corte de Constitucionalidad guatemalteca.

La interpretación dinámica que podríamos llamar “acentuada” opta por poner en segundo lugar a la voluntad del constituyente histórico. La tarea de aplicarla norma, comenta BALLOT- BAUPRÉ, antiguo presidente de la Corte de Casación francesa, consiste en “adaptar el texto, liberal y humanamente, a las realidades y exigencias de la vida moderna, sin rezagarse a buscar obstinadamente cuál había sido, hace cien años, el pensamiento de sus autores”²⁶.

a) Posturas Ultradinámicas. Interpretación mutativa.

Estas posiciones postulan un decidido abandono del mensaje literal o voluntarista del constituyente histórico, y su reemplazo por uno distinto. Se denomina “interpretación mutativa” a aquella que, sin tomar el texto formal de la constitución, le asigna un contenido normativo diferente. El texto pasa a ser así una especie de estuche o cáscara, en tanto que la esencia de la disposición constitucional, vale decir la directriz organizativa del Estado y de la sociedad, cambia según el intérprete. Por eso se califica a esta exégesis como una *modificación indirecta* de la constitución.

Existen distintos tipos de interpretación mutativa:

- 1) En función de sus efectos, la interpretación mutativa, como la costumbre, puede ser *proterconstitutionem*, si complementa el texto constitucional (p. ej., cubriendo sus lagunas, resolviendo ambigüedades) o *contra constitutionem*, en el supuesto de que altere, ya sea que perjudique o mejore, a la disposición

constitucional²⁷.

- 2) En razón de su modo de actuar, la interpretación mutativa opera por *adición*, si se suma al texto constitucional alguna disposición normativa; por *sustracción*, si se quita o resta algo al documento constitucional;

Mientras que la interpretación
estática mira hacia atrás para
entender a la constitución,
la dinámica mira hacia el
presente, y también
hacia el futuro.

y *mixta*, cuando realiza una tarea doble: saca algo a la constitución, y en su lugar introduce otro precepto.

- 3) Con relación al factor tiempo, la interpretación mutativa puede ser *reconociente de una mutación* (su ésta ya se ha operado por ejemplo por el derecho consuetudinario).

b) No interpretativismo. Bases.

Un movimiento de corte “*liberal*” (en el sentido norteamericano de vocablo: de izquierda), postula una versión ultra dinámica de la interpretación constitucional, basado en las siguientes ideas-fuerzas:

1. Utilizando el *argumento de las generaciones*, se advierte que cada generación tiene el derecho a vivir y a entender, a su modo, a la constitución. Los tribunales, por ende, tienen no sólo la facultad, sino el deber de desarrollar y evolucionar al texto constitucional en función de los requerimientos del presente. En ese quehacer, el juez tiene que descubrirlos valores consensuados existentes en el medio social y proyectarlos en la tarea interpretativa.
2. Desde la perspectiva *no interpretativista*,

24 En tal sentido, ver, por ejemplo, CSJN, *Fallos*, 178:9 y 292:26.

25 CSJN, *Fallos*, 241:29, en el célebre caso “Samuel KotSRL”.

26 Citado por CSJN, 172:55 (caso “Avico c/De la Pesa”); cfr., también, *Fallos*, 172:56.

27 BIDART CAMPOS, *Derecho constitucional*, t. I, p. 638 y siguientes. Sobre los distintos tipos de mutaciones, en particular en cuanto el sujeto que las protagoniza, en Díaz Ricci, *Introducción a las mutaciones constitucionales*, “Revista Jurídica”, Universidad Nacional de Tucumán, No. 28, p. 218 y siguientes.

la constitución es algo vivo, cambiante y mutable, cuyo sentido varía según los tiempos (MILLER). Se dice además que “hay que romper definitivamente con el texto y con la voluntad de los constituyentes” de tal modo que la revisión judicial no consiste en *interpretar* precepto del texto constitucional, porque el juez puede manejarse con nuevos juicios de valor (de ahí lo de *no interpretativismo*).

Se suma a lo expuesto que muchas veces la constitución emplea *cláusulas abiertas* (como las de los derechos *no enumerados o implícitos*, al estilo de la IX enmienda de a const., de los Estados Unidos de América), en las que deja al interprete la tarea renovada y permanente de definir cuáles son esos derechos no escritos “reservados por el pueblo” (al decir de aquella enmienda), o derivados de la “forma republicana de gobierno” y de la “soberanía del pueblo”, según prefiere describirlos el art. 33 de la Constitución argentina y el art. 44 de la Constitución guatemalteca.

En conclusión, esta doctrina da así *base ética a una interpretación móvil* de la constitución, cuyo mérito principal es convertirla en una herramienta en constante perfeccionamiento y cuyo riesgo estriba en el peligro del *vaciamiento constitucional*, si la constitución termina por ser nada más que lo que el intérprete decide que sea²⁸

c) Balance:

La discusión entre las posturas estáticas y las dinámicas tiene una importancia fundamental en países cuya constitución es muy antigua (Estados Unidos de América, p. ej., sancionada en 1787; Argentina, cuyo texto básico es de 1853); pero, de todos modos, reviste interés para cualquier Estado.

9. USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Tal doctrina propone el *uso indirecto de la norma*, esto es, su empleo según los fines políticos del intérprete, con objetivos distintos a los concebidos por su autor. Ese fin político consiste en la emancipación económica y social de las clases disminuidas²⁹.

Esta doctrina explica que el jurista interprete, y en

particular el juez, se encuentra en cualquier caso ante varias opciones interpretativas, entre las cuales deberá escoger una. El derecho necesariamente se instrumenta con sentido político; y necesariamente también el jurista intérprete deberá concebir y aplicar dicha norma en ese sentido: ya de tutela de los sectores oprimidos o bien opresores.

Puede indicarse, además, que esta doctrina muestra una verdad: que muy a menudo la norma contiene en sí varias posibilidades hermenéuticas, por lo que

La discusión entre las
posturas estáticas y las
dinámicas tiene una
importancia fundamental en
países cuya constitución es
muy antigua, pero reviste
interés para cualquier estado.

habrá –inevitablemente– que concretar una elección, la que estará, también de modo irremediable, iluminada por la ideología del intérprete-operador.

10. INTERPRETACIÓN PRAGMÁTICA VERSUS INTERPRETACIÓN COHERENTE

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha enseñado que “la Constitución debe ser objeto de una interpretación práctica”³⁰, aunque también había admitido que ese pragmatismo podía colisionar con otros tipos de interpretación. En “Faurbank v. United States”, por ejemplo, puntualizó que “antes de hacerse ningún llamado a la interpretación práctica, debe aparecer que el verdadero significado de una disposición de la constitución no es claro.

El *instrumentalismo pragmático* es realista, al ser seguido a menudo por los tribunales, y que de vez en cuando importa un saludable rescate de valor equidad, o de la justicia del caso concreto, aunque se ataca la idea de la armonía o continuidad en el discurso judicial: la coherencia en las sentencias de la Corte ni practica ni es posible ya que según indica Carter la

28 SAGÜES, *La interpretación de la constitución. Poder Judicial versus poder constituyente*, p. 127.

29 BARCELONA y otros, *Introduzione*, en “L’ uso alternativo del diritto” y RUFFOLO, *Uso alternativo*, t. I, p. VI, y t. II, p. 173.

30 Por ejemplo, en “Unión P. R. v. Peniston”, “Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.”, y “Gibbons v. Ogden”, cfr. *Constitución de los Estados Unidos de América*, t. I, p. 69.

interpretación constitucional es básicamente un acto político, y los jueces son, en tal quehacer, actores políticos, y no académicos, que pueden o deben operar sobre la base de un razonamiento político. Pese a su aparente flexibilidad, *el instrumentalismo pragmático* puede ser tan nocivo como la concepción pétrea de la constitución que plantean los *textualistas* u *originalistas*.

11. INTERPRETACIÓN PREVISORA VERSUS INTERPRETACIÓN LEGALISTA

¿Debe el intérprete, una vez determinado el sentido de una norma de la constitución, medir los resultados de su tarea, a fin de aceptar solamente las interpretaciones valiosas y desechar las negativas? La doctrina de la interpretación previsora responde enfáticamente que sí.

En el caso “Naftalin v. King”, decidido por la Corte Suprema de Minnesota³¹, en el que se discutía la constitucionalidad de una ley de ese Estado, de deuda pública, la Corte juzgó que es preferible aplicar una doctrina errónea que causa menos daño que una verdadera, y resuelve no declarar inconstitucional a la ley que realmente violaba la Constitución.

En minoría, el juez KNUTSON sostuvo que, si una ley era inconstitucional, correspondería así reputarlo: un tribunal debe tener el coraje de declarar sus convicciones ahora, por más impopulares que ellas puedan ser.

Otro caso de interpretación previsora se dio, por ejemplo, en la Corte Suprema de Argentina. En “SaguirDib” alertó que en la interpretación de la norma “no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo” y en “Baliarda”, que “la primera regla de interpretación de las leyes, es dar pleno efecto a la intención del legislador.

- a) *Base axiológica*. En primer lugar, esta tesis revierte la postura tradicional, o *legalista* (p. ej., Bertrand de Jouvenel) que excluye al valor previsibilidad del mundo jurídico, en particular en cuanto el razonamiento judicial, y según la cual los tribunales “no deben tomar en consideración tales consecuencias;

al menos, está claro el hecho de que no deben elegir su decisión con arreglo a las diferentes consecuencias que puedan derivar, según sus previsiones de ésta o aquella decisión”³². Por el contrario, aquí se sostiene, explícitamente, que el valor previsibilidad es un valor propio del derecho³³.

- b) *Metodología*. Esta doctrina distingue en el proceso interpretativo dos pasos, el primero, el intérprete asigna a la norma un sentido concreto, según el procedimiento que se haya preferido, y en el segundo, averigua si ese producto interpretativo es provechoso o no.
- c) *Efectos*. Con relación a la norma, la interpretación previsora puede funcionar como *opción* o como *inaplicación*. Actúa como opción cuando una norma admite varios productos interpretativos, eligiéndose el que produzca resultados positivos. Y como *inaplicación* (de la norma) si el o los productos interpretativos de ésta no son desvaliosos, en cuyo caso se abstendrá de efectivizarla.

12. INTERPRETACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Cierta doctrina jurisprudencial entiende que cuando una interpretación goza de aceptación en un medio determinado (esto es, cuando traduce la *communis opinio*), merece ser respetada y conservada. Por ello deben rechazarse las interpretaciones *solitarias* o *aisladas* - subjetivas- de la constitución.

La interpretación *objetiva* (también llamada algunas

32 DE JOUVENEL, *La teoría pura de la política*, p. 191 y siguientes. Para este autor, el valor previsibilidad es en cambio decisivo para el mundo político.

33 Sobre la inserción del valor previsibilidad en el derecho, en particular en GOLDSCHMIDT, ver SAGÜES, *Mundo jurídico y mundo político*, p. 218, 219 y 235 a 238. Con referencia al juego de la previsibilidad en la interpretación constitucional, deben recordarse las ideas de Kriele, compartidas por Aragón, en el sentido de que la responsabilidad política de un tribunal constitucional le obliga a la consideración de las consecuencias de sus decisiones interpretativas; y la tesis de BACHOF, para quien “las consecuencias políticas de una decisión judicial no pueden ser ignoradas en absoluto a la hora de tomar decisión, pero la búsqueda de las medidas correctoras de estas consecuencias no deben salirse de las fuentes que el propio ordenamiento ofrece”. Cfr. Aragón Reyes, *La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*, “Anales”, Córdoba, 1986, p. 191 y 192.

31 SAGÜES, *Control judicial de constitucionalidad: legalidad versus previsibilidad*, ED, 118-9091, con cita de CUETO RÚA, *Judicial methods of interpretation of the law*, p. 330.

veces *contemporánea*) de la constitución fue sostenida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ("*Cohens v. Virginia*"), al decir que, si una interpretación es practicada y aceptada por un largo período de años, proporciona una respuesta irresistible a las objeciones y fija la interpretación. Esta regla, sostenidas en 1821, fue repetida en otros pronunciamientos, como en "*Missouri v. Illinois*" (1901).

En términos todavía más drásticos, la Corte Suprema de Justicia argentina indicó en "Sasetru", que el razonamiento judicial "sólo reconoce como límite el requerimiento de que sus sentencias estén sustentadas de manera objetiva y seria, pues las que sólo traducen posturas subjetivas de los jueces, no son vividas como jurídicas".

En favor de la interpretación objetiva (de la constitución o de cualquier norma) puede decirse que brinda una apreciable dosis de seguridad y de igualdad. Incluso se ha destacado que una interpretación *objetiva* es, en cierta manera, una interpretación *democrática* (consentida en un medio social)³⁴. Parece gozar, por ello, de una seria presunción de legitimidad.

No obstante, la doctrina analizada debe tener límites. Por ejemplo, no resulta convincente que la constitución deba entenderse del mismo modo, si cambia el contexto de la vida o si la sociedad asume otras ideas o valoraciones.

13. INTERPRETACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

Esta interpretación tiende a que la tarea interpretativa "respete los estándares o conceptos morales generales y básicos de la sociedad", al estilo de RONALD DWORKIN. En sentido parecido, la Corte Suprema argentina ha dicho que cabe declarar la constitucionalidad de las leyes si expresan, con fidelidad, "la conciencia jurídica y moral de la comunidad"³⁵.

Por lo cual, si la norma admite dos o más significados, ¿Por qué no optar por aquel que tenga predicamento en la comunidad? Además, si el poder, en la

democracia, reside en el pueblo, ¿no es más legítimo entender la constitución según las creencias y aspiraciones de ese pueblo?

En resumen, el concepto de *interpretación democrática de la constitución*, es, como regla, justo y justificante de la exégesis de la ley suprema, entre otras cosas porque flexibiliza y revitaliza a la misma constitución, y da legitimidad política a su intérprete.

14. EVALUACIÓN

Es indudable que el tema de la interpretación constitucional resulta controvertido, y es imposible encontrar en él puntos mínimos de consenso doctrinario. Cabe reconocer que, si se entiende que las constituciones son fundamentalmente un documento escrito, la interpretación consistirá desentrañar su sentido, para después priorizar la voluntad del autor de la norma. Ello responde a la tesis de la constitución *testamento o estatua*, en la que el intérprete es básicamente un albacea.

En cambio, se considera que la constitución es un ser viviente, que es un instrumento de gobierno, y que tanto sus palabras como sus fines y valores deben entenderse a la luz de las nociones, ideas, creencias y expectativas de la sociedad actual, la tarea interpretativa tiende a ser una labor de construcción de respuestas jurídico-políticas. Por lo cual la tarea interpretativa de una constitución viviente tiene cauces racionales, como los de *interpretación objetiva* e *interpretación democrática* y de *interpretación previsor*a. Por ende, si la sociedad cambia, su constitución no puede menos que cambiar.

La certeza y la coherencia son valores jurídicos relevantes, ya que brindan orden y seguridad, pero el intérprete debe hacerlos cohabitar con otros, no menos significativos, como los de justicia, previsibilidad y utilidad.

15. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INFORMAL

Las normas de derecho informal (consuetudinario o repentino) no constan, habitualmente, en textos oficiales. BIDART CAMPOS, destaca que, con las dificultades del caso, es quizá rastreable la voluntad histórica que inspiró a la norma consuetudinaria, a través de la doctrina de los autores y las manifestaciones

34 BIDART CAMPOS, *El nombramiento de los jueces en comisión*, ED, 140-715.

35 CSJN, "Mickey SA", JA, 1992-I-25.

extranormativas³⁶. La costumbre puede tener sus explicaciones y ellas ser cognoscibles merced a la documentación existente en la literatura especializada o en las fuentes genéricas de información, como periódicos, diarios, sentencias de los tribunales, etc.

16. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha desempeñado un papel trascendental en el cambio paradigmático en materia de interpretación constitucional.

En ese contexto, el art.42³⁷ de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, regula los parámetros del análisis del caso y de la sentencia que debe efectuar la Corte de Constitucionalidad, haciendo uso de la interpretación extensiva siendo ésta aquella que extiende el significado *prima facie* de una disposición legal, es decir el intérprete amplía el alcance de la ley, pues a su juicio, el legislador expresó en el texto legal menos de lo que debía expresarse. Asimismo, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha establecido que la finalidad de ésta interpretación es procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional³⁸. Lo anterior tiene su fundamento en el principio de dignidad humana, al tener en cuenta a la persona como fin del derecho y no como un medio, dando lugar a una interpretación finalista.

También ha referido la Corte, que las normas constitucionales deben tenerse como un conjunto armónico en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes; que ninguna disposición debe considerarse aisladamente y que

debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional³⁹.

La labor interpretativa de la Constitución realizada por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, ha delimitado las formas de interpretación respecto

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha desempeñado un papel trascendental en el cambio paradigmático en materia de interpretación constitucional.

del formalismo jurídico enervante de los derechos de las partes, priorizando la interpretación no “de” la Constitución, por el que solamente se le atribuye un significado jurídico al texto constitucional, sino “desde” las Constitución. Es decir, pretende que se aplique directamente la normativa constitucional conforme a la misma, junto a sus principios, valores y reglas que incorpora.

En esa misma línea de ideas, la Corte guatemalteca ha observado el bloque de constitucionalidad el cual se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. Constituye un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materiales constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal. El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de los artículos

36 BIDART CAMPOS, *Filosofía del derecho constitucional*, p.214 y siguientes.

37 Artículo 42. Análisis del Caso y Sentencia. “...Al pronunciar sentencia, el tribunal de amparo examinará los hechos, analizará las pruebas y actuaciones y todo aquello que formal, real y objetivamente resulte pertinente; examinará todos y cada uno de los fundamentos de derecho aplicables, hayan sido o no alegados por las partes. Con base en las consideraciones anteriores y aportando su propio análisis doctrinal y jurisprudencial, pronunciará sentencia, interpretando siempre en forma extensiva la Constitución, con el objeto de brindar la máxima protección en esta materia, y hará las demás declaraciones pertinentes”.

38 Sentencias del 30 de abril de 1998, expediente 762-97; del 26 de septiembre de 1996, expediente 1012-95, del 3 de diciembre de 1991, expediente 265-91 y 23 de marzo de 1988, expediente 276-87.

39 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, del 8 de febrero de 1999, expediente 931-98. Gaceta 51. Además de esta sentencia El Tribunal Constitucional Español en la STC 9/1981 determinó que: “La naturaleza de la ley superior de la Constitución se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la misma”. De esa misma manera, en la STC 112/1989, afirmó que: “todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a la Constitución y en la medida más favorable a los derechos fundamentales. De este modo, la Constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico”.

44 y 46 constitucionales, y se incorpora como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad humana, pues el derecho, por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano⁴⁰. Asimismo, la corte hace una “interpretación conforme” a las disposiciones internacionales para la resolución a cualquier controversia en caso de antinomias.

17.INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN PERÚ

Los principios constituyen un modo de resolver conflictos constitucionales. Y aun cuando no están conformados por una estructura silogística, su aplicación revela *per se* una técnica de interpretación.⁴¹ El Tribunal Constitucional peruano, a partir de las propuestas de Honrad Hesse, desarrolla en el caso *LizanaPuelles*⁴² principios de interpretación constitucional en sus pronunciamientos, el cual considero menester analizar.

En la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, se examina recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pedro Andrés LizanaPuelles contra la sentencia de la Segunda Sala especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declara infundada la demanda de amparo de autos. En la sentencia relacionada se indica que la Constitución es, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 peruana, se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento

jurídico (art. 51⁴³), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (art. 45⁴⁴), o de la colectividad en general (art. 38⁴⁵) puede vulnerarla válidamente.

También dicho Tribunal ha referido que: “El Tribunal Constitucional con frecuencia debe hacer frente a conflictos de la más alta trascendencia social y política. Esto supone, muchas veces que las decisiones jurisdiccionales que adopte, tengan impacto en los medios académicos y de comunicación social.

El Tribunal Constitucional con frecuencia debe hacer frente a conflictos de la más alta trascendencia social y política. Esto supone, muchas veces que las decisiones jurisdiccionales que adopte, tengan impacto en los medios académicos y de comunicación social.

No obstante, el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales (...)⁴⁶.

Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado peruano, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del

40 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Exp. 3438-2016, Guatemala, 8 de noviembre de 2016.

41 “Derechos Fundamentales e interpretación Constitucional”, Comisión Andina de Juristas; Los Sauces 285, lima 27, Perú; diciembre de 1997.

42 Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Exp. No.5854-2005-PA/TC, PIURA, 8 de noviembre de 2005.

43 Art. 51 de la Constitución Peruana-*La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente, (...).*

44 Art. 45 de la Constitución Peruana. *El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades de la Constitución y las leyes establece, (...).*

45 Art. 38 de la Constitución Peruana. *Todos los peruanos tienen el deber de ... respetar, cumplir y defender la Constitución (...).*

46 STC 0048-2004-AI, Fundamentos 2 y 3.

hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa, sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son⁴⁷:

- a) *El principio de unidad de la Constitución*⁴⁸: Conforme la cual la interpretación de a Constitución debe estar orientadas a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
- b) *El principio de concordancia práctica*⁴⁹: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales (artículo 1º. de la Constitución peruana).
- c) *El principio de corrección funcional*⁵⁰: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.
- d) *El principio de función integradora*⁵¹: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.
- e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución*⁵²: La interpretación constitucional

debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica.

Concluyendo este Tribunal que en su función de máximo intérprete constitucional (art. 201 y art. 1º. De la LOTC), tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, otorgando seguridad jurídica y unidad normativa a Derecho Electoral Constitucional.

De lo anterior se colige que, la legislación peruana ha considerado que la interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de Derecho, pues las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico. De una determinada interpretación constitucional, pueden ser expulsadas del sistema jurídico de un país algunas leyes, debido precisamente a la imposibilidad de interpretarlas conforme a los preceptos constitucionales.

La actual Const. Peruana sostiene, además, que la Constitución puede ser interpretada, por el Congreso, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. De esa cuenta, que cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada “directamente”, con prescindencia de otras consideraciones. El Tribunal advierte que, si no se procede así, se corre el riesgo de prescindir del texto legal sin declararlo inconstitucional. Por lo cual el punto de partida es sostener que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra. Algunas veces la excepción a la aplicación de la interpretación literal es admitida de modo muy excepcional, cuando la aplicación textual de la ley conduce a resultados “tan irrazonables que no sería justo atribuirlos a la intención del Congreso”. En tal sentido el juez debe apartarse de la interpretación literal por motivos de justicia y equidad, recta razón, defectos, incoherencias o imprecisiones del texto y necesidad de practicar una interpretación orgánico-sistemática. La Corte toma en cuenta las consecuencias privadas, pero también las consecuencias mediatas o sociales, lo cual ha reiterado en sus fallos.

Lo importante del dispositivo legal peruano es que contiene un título preliminar que establece determinados principios que sirven y orientan al juez constitucional o a quien hace sus veces y que tiene un adecuado desarrollo de todos los procesos constitucionales y de los órganos que los tramitan. Y además con un alcance nacional y no solo provincial

47 Cfr. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Eds. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 44-47.

52 Vid. STC 0976-2001-AA, Fundamento 5; STC 1124-2001-AA, Fundamento 6.

18. EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO

La *interpretación conforme* es una figura jurídica, utilizada muy a menudo en el ámbito del derecho procesal constitucional, siendo un mecanismo que obliga a su uso por parte de los intérpretes jurisdiccionales, cuando se encuentran en juego derechos humanos.

Sin duda alguna, la hermenéutica más importante en el Estado constitucional de derecho es aquella que realiza el Poder Judicial a través de un Tribunal Constitucional especializado en la tutela de los derechos fundamentales o humanos⁵³.

Acorde con la interpretación, se determina la manera en que una norma debe interpretarse para dejar de ser inconstitucional. Se dice que con esta actividad el juez constitucional se convierte en un legislador negativo. Por ende, el juzgador debe analizar si la norma general que le corresponde aplicar se apega a lo dispuesto en la Constitución, máxime que se ha sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)⁵⁴.

Es lógico admitir que el texto constitucional como discurso jurídico normativo susceptible de interpretación, debe considerarse como un principio ordenador de todo el marco jurídico y que, en consecuencia, debe marcar la pauta en la interpretación de las demás disposiciones jurídicas establecidas al amparo de la Constitución.

La expresión *interpretación conforme* a la Constitución incorporada en la legislación mexicana se refiere al principio interpretativo por el cual, entre varios sentidos posibles de una norma jurídica, debe aceptarse aquel que mejor se adapte al texto constitucional. En otras palabras, de acuerdo con Paulo Benavides, en los casos en que una disposición

jurídica admita dos interpretaciones posibles, entre las cuales una de ellas conduzca al reconocimiento de la constitucionalidad, el juzgador deberá inclinarse por ella, logrando que la norma interpretada conforme a la Constitución sea necesariamente considerada constitucional.

Este principio se convierte en el sistema jurídico de México, en la *esencial técnica hermenéutica para los juzgadores*, a raíz de las reformas constitucionales a los derechos humanos; es una obligación constitucional que tienen el deber de adoptar y aplicar oficiosamente todos los órganos jurisdiccionales, sin excepción alguna, en aquellos casos sometidos en el ejercicio de sus competencias.

El jurista Sagües explicita los dilemas que envuelve el campo de la interpretación al indicar que cuando un Tribunal Nacional juzga sobre un derecho humano cualquiera, lo está haciendo a la luz del derecho local y, en particular, a la luz de la Constitución⁵⁵.

Dentro de este análisis interpretativo que realiza la Corte mexicana, se aplican los principios de funcionalidad, (equilibra el poder de los órganos establecidos, mediante la regla de división de poderes), el principio de no concentración (impone límites a las facultades o atribuciones otorgadas), principio de cooperación (garantiza la coordinación y cooperación mutua entre los poderes constituidos) *el principio de supremacía constitucional* (establece parámetros de relación de supra y subordinación de todo el ordenamiento jurídico determinado a la Constitución positiva, art. 22 de la Constitución mexicana), teniendo como efectos la unidad de todo el ordenamiento jurídico, la gradación entre varias especies de normas jurídicas positivas, la rigidez, unidad, razonabilidad y de control.

19. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

En este contexto, corresponde hacer notar que en Bolivia la creación tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo de Justicia, se encuentra prevista en la Constitución y por ende

53 CARPIZO, E. (2011). *Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional. La Corte y los derechos*. México: Porrúa & Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

54 Esta cláusula fue utilizada inicialmente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán al sostener que una ley no debe ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución, tesis que ha sido acogida por diversos tribunales constitucionales, entre ellos la SCJN. Coello (2012, 9. 88), Olano (2006, p. 159), Carpizo (2011, p.87).

55 SAGÜES, N. P. (2006): *La interpretación judicial de la Constitución*. Argentina, Lexis Nexos., p. 218-219.

ocasiona que ambos tengan rango constitucional, de ahí que cuando existe una diferencia interpretativa entre ambos Tribunales, ésta no se produce entre un juez ordinario y otro constitucional sino más bien entre órganos constitucionales, de forma que su relación no es de jerarquía sino de competencia.

De esa cuenta, cuando un “*Tribunal Constitucional*” deja sin efecto las decisiones de un *Tribunal “Supremo” de Justicia* por diferencias interpretativas, la decisión del otro deja de ser “suprema” y los ámbitos de competencias entre ambos Tribunales se desvanecen, esto significa que la interpretación legal se define unilateralmente por el Tribunal Constitucional.

Es decir, al Tribunal Constitucional no sólo le corresponde efectuar una interpretación “de” la Constitución sino la interpretación del ordenamiento jurídico “desde” y “conforme” a la Constitución según el caso. Esto conlleva, que una parte la realice el órgano de control de constitucionalidad quien al analizar la constitucionalidad de una ley lleva a cabo el análisis entre el sentido normativo atribuido a la norma impugnada y el que le atribuye la Constitución. Dentro de este análisis, el Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, última función que, de manera reforzada, es realizada a través de la revisión de las resoluciones pronunciadas por los jueces y tribunales ordinarios.

En el marco del Estado Constitucional, los derechos fundamentales y garantías constitucionales tienen un lugar preeminente en el orden constitucional, que en el caso Boliviano se ve reflejado no sólo en el amplio catálogo de derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales que consagra, sino también en los fines y funciones esenciales del Estado (art. 9.4 de la Const.) velando el Tribunal Constitucional Plurinacional por la supremacía de la Constitución, la prevalencia del derecho sustancial respecto al formal, el principio pro-actione y la justicia material, que derivan de las características de los derechos fundamentales y de los criterios constitucionalizados de interpretación y se conectan con los principios de celeridad y no formalismo⁵⁶.

Es el caso, que los países latinoamericanos, entre

ellos de México, Colombia, Brasil y Argentina, la jurisprudencia de los tribunales ha contribuido a enriquecer la aplicación del Derecho, lo cual se vuelve orientador para los futuros casos. Y por esto, en los países mencionados y en otros más recientemente, la *jurisprudencia interpretativa* tiene cada vez mayor importancia, lo que se advierte, sobre todo, en

Según el jurista Nestor
Sagües, cuando un Tribunal
Nacional juzga sobre un
derecho humano cualquiera,
lo está haciendo a la luz del
derecho local y, en particular,
a la luz de la Constitución.

aquellos con tribunales o cortes constitucionales como es el caso de Guatemala, Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia.

20. CONCLUSIONES

A modo de reflexiones finales de todo lo expuesto en el presente trabajo señalamos:

- a) La interpretación constitucional busca dar un sentido a los preceptos o normas fundamentales contenidos en toda ley fundamental, las cuales organizan la convivencia política de un país.
- b) La Constitución es un todo orgánico, y sus normas deben aplicarse concertadamente, por ende, no hay “cláusulas solitarias” en la misma. Las reglas de la Constitución deben interpretarse coordinadas y armonizadamente entre sí, evitándose la mutua destrucción de ellas.
- c) El análisis de cada disposición constitucional debe efectuarse tomando en consideración las demás normas contenidas en la Constitución. Es decir que su interpretación debe encontrarse orientada a preservar la integridad de su contenido, buscado armonizar todos los valores y principios consagrados en ella.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional 0897/2013, Sucre, 20 de junio de 2013. Bolivia.

- d) La interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de Derecho, ya que las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico, debiendo la misma ser práctica, creativa y ajustarse a preceptos constitucionales que las nuevas necesidades y circunstancias sociales vayan presentando.
- e) De una determinada interpretación de la Constitución, pueden ser expulsadas del sistema jurídico de un país algunas leyes, debido precisamente a la imposibilidad de interpretarlas conforme a los preceptos constitucionales. Esto puede originar asimismo la inconstitucionalidad de otras normas que encuentren conexión con tales leyes.
- f) La certeza y la coherencia son valores jurídicos relevantes, ya que brindan orden y seguridad, pero el intérprete debe hacerlos cohabitar con otros, no menos significativos, como los de justicia, previsibilidad y utilidad al momento de realizar la interpretación.
- g) Es el caso, que los países latinoamericanos, entre ellos de México, Colombia, Brasil y Argentina, la jurisprudencia de los tribunales ha contribuido a enriquecer la aplicación del Derecho, lo cual se vuelve orientador para los futuros casos. Y por ello, la jurisprudencia interpretativa tiene cada vez mayor importancia, lo que se advierte, sobre todo, en aquellos con tribunales o cortes constitucionales como es el caso de Guatemala, Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia.

21. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Libros

- ARAGÓN, MANUEL, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", Córdoba, Anales de la Academia

Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, T. XXV, 1986.

- BARCELLONA, PIETRO y otros, *L'uso alternativo del diritto*", Bari, Laterza, T. I, p. VI, y T. II., 1973.
- BARDELLI LARTIRIGOYEN, Juan Bautista, *El juez Constitucional*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Ciudad de México: Fundación Honrad Adenauer, 2008.
- BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Derecho Constitucional*, Bs. As., Ediar, T. I., 1964.
- *El nombramiento de los jueces en comisión*, ED, 140-715.
- *Filosofía del derecho constitucional*, Bs. As., Ediar, 1969.
- *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., Ediar, 1995.
- *La tipología de la Constitución argentina*, Bs. As., Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1971.
- BORDA, GUILLERMO A, *Tratado de derecho civil*. Parte general, 4ª. ed., Bs. As., Perrot, 1965.
- CARPIZO, E., *Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional. La Corte y los derechos*". México: Porrúa & Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.
- DE JOUVENEL, BERTRAND, *La Teoría pura de la política*, tr. J. M. DE LA VEGA, Madrid, Revista de Occidente, 1925.
- FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, México, UNAM, 1980.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Conducta y norma*, Bs. As., Abeledo, 1955. "Introducción filosófica al derecho, 4ª. ed., Bs. As., Depalma, 1973. Justicia y verdad, Bs. As., La Ley, 1978.
- HESSE, KONRAD, *Constitución y derecho constitucional, en varios, "Manual de derecho*

constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1966.

- HOYOS, ARTURO, *La Interpretación constitucional*, Bogotá, Temis, 1993.
- Kelsen, HANS, *Teoría pura del derecho*, tr. M. Nilve, Bs. As., Eudeba, 1963.
- ORTECHO VILLENA, VÍCTOR J., *Criterios de aplicación de las leyes. Interpretación constitucional. Interpretación de tratados*, 2ª. ed., Trujillo, Libertad, 1993.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Constitucional*, Madrid: Marcial Pons. 2005.
- ROMERO, CESAR E., *Introducción al derecho constitucional*, Bs. As., Zavallia, 1973.
- SAGÜES, NÉSTOR P., *Las Leyes secretas*, Bs. As., Depalma, 1977.
- *La interpretación judicial de la Constitución*, Bs. As., Depalma, 1998.
- *Control judicial de constitucionalidad: legalidad versus previsibilidad*, ED, 118- 909.
- *La interpretación judicial de la Constitución*, Argentina, Lexis Nexos, 2006.
- SAMPAY, ARTURO M., *La filosofía del iluminismo y la Constitución argentina de 1853*, Bs. As., Depalma, 1944.
- SCHMITT, CARL, *Teoría de la constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1934.
- VIGO, RODOLFO, L., *Interpretación constitucional*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993.
- WRÓBLEWSKY, JERZY; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, tr. A. AZURDIA, Madrid, Civitas, 1985.

Artículos académicos

- *Derechos Fundamentales e interpretación Constitucional*, Comisión Andina de Juristas; Los Sauces 285, lima 27, Perú; diciembre de 1997
- DÍAZ RICCI, *Introducción a las mutaciones*

constitucionales, Revista Jurídica, Universidad Nacional de Tucumán, No. 28.

- SAGÜES, NÉSTOR P., *Sobre el concepto de "Constitución viviente"*, "Revista Argentina de Derecho constitución", 2000.

Otras fuentes

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de 8 de febrero de 2011, expediente 1994-2009.
- CSJN, Fallos, 289:200; 258:267; 296:432; 240:319; 1:300, y 234:482). Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en "*Knowlton v. Moore*" (año 1990), citado en varios, La Constitución de los Estados Unidos de América, T. I,
- Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 8 de noviembre de 2005; expediente 5854-2005-PA/TC.
- CSJN, Fallos, 241:29, en el célebre caso "*Samuel Kot SRL*", México.
- Sentencias del 30 de abril de 1998, expediente 762-97; del 26 de septiembre de 1996, expediente 1012-95, del 3 de diciembre de 1991, expediente 265-91 y 23 de marzo de 1988, expediente 276-87.
- Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, del 8 de febrero de 1999, expediente 931-98.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español en la STC 9/1981 y STC 112/1989.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Exp. No.5854-2005-PA/TC, PIURA, 8 de noviembre de 2005.
- Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Exp. 3438-2016, Guatemala, 8 de noviembre de 2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional 0897/2013, Sucre, 20 de junio de 2013. Bolivia.

Sobre la Autora

CLAUDETTE DOMÍNGUEZ GUERRERO

Jueza del Juzgado Primero de Primera Instancia
Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente
de Mayor Riesgo “A”.



GUATEMALA, C.A.

CENADOJ

CENTRO NACIONAL DE ANÁLISIS
Y DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

www.oj.gob.gt/cenadoj