



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL
SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0353/2018-S2
Sucre, 18 de julio de 2018

SALA SEGUNDA

Magistrada Relatora: Julia Elizabeth Cornejo Gallardo
Acción de libertad

Expediente: 23118-2018-47-AL
Departamento: Tarija

En revisión la Resolución 02/2018 de 13 de marzo, cursante de fs. 88 a 94, pronunciada dentro de la **acción de libertad** interpuesta por **Ruddy Iván Ramírez Acuña** contra **Blanca Carolina Chamon Calvimontes** y **Jorge Alejandro Vargas Villagómez**, Vocales de la **Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija**.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la demanda

Por memorial presentado el 12 de marzo de 2018, cursante de fs. 53 a 74 vta., el accionante, expresó los siguientes argumentos de hecho y derecho:

I.1.1. Hechos que motivan la acción

Dentro del proceso penal seguido en su contra por el Ministerio Público, por la presunta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente, radicado en el Juzgado de Instrucción Penal Tercero de la Capital del departamento de Tarija, fue detenido preventivamente, a raíz de la imputación formal de 9 de agosto de 2017; a cuyo efecto, interpuso recurso de apelación incidental impugnando esta determinación.

Por Auto de Vista 152/2017-SP1 de 30 de agosto, los Vocales demandados de la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, ratificaron la decisión de la Jueza de primera instancia, activando el riesgo procesal previsto en el art. 234.1 del Código de Procedimiento Penal (CPP), pese a que el Ministerio Público no lo hizo, resolviendo más allá de los puntos cuestionados en el recurso de apelación incidental. De igual forma, con respecto al art. 234.2 del referido cuerpo legal, en la audiencia de apelación presentó el Certificado Domiciliario; sin

embargo, el Tribunal de alzada no se pronunció al respecto, incurriendo en incongruencia omisiva, lesionando su derecho a la presunción de inocencia.

En cuanto al peligro de fuga, previsto en el art. 234.10 del CPP, las autoridades demandadas no observaron que la causa se encuentra en la etapa preparatoria, limitándose a repetir lo señalado por la Jueza a quo, sin explicar ni valorar adecuadamente el Certificado de Antecedentes Penales, a través del cual, acreditó que no constituye un peligro para la víctima ni la sociedad; no obstante, dieron lugar a que dicho riesgo persista.

Respecto al peligro de obstaculización previsto en el art. 235.2 y 4 del CPP, se denunció que el mismo fue activado con base en elementos subjetivos, como el hecho que su persona es funcionario público, y en tal razón, podría influir en testigos, partícipes y otros, sin indicar cómo llegaron a esa deducción ni en base a qué pruebas mantienen activado dicho riesgo procesal; es decir, no mencionaron a quién se estaría influyendo, o por medio de quienes se estaría escondiendo o modificando elementos de prueba, por cuanto, la sola situación de vulnerabilidad de una persona, no puede de ninguna manera activar el peligro de obstaculización.

I.1.2. Derechos y garantía supuestamente vulnerados

Denuncia la lesión de sus derechos al debido proceso en sus vertientes de fundamentación y motivación, al acceso a la justicia, a la libertad, a la defensa y a la prohibición de reforma en perjuicio; y, los principios de seguridad jurídica, legalidad e imparcialidad; citando al efecto, los arts. 13, 14.I, 15.I, 23.III, 109.I, 115 y 116.I de la Constitución Política del Estado (CPE); 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y, 1 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

I.1.3. Petitorio

Solicita se conceda la tutela impetrada, disponiendo: **a)** Restablecer las formalidades legales; **b)** Restituir su derecho a la libertad; **c)** Revocar el Auto de Vista 152/2017-SP1; y, **d)** Dejar sin efecto el mandamiento de detención preventiva emitido en su contra.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

La audiencia pública para considerar la presente acción de libertad, tuvo lugar el 13 de marzo de 2018, según consta en acta cursante de fs. 86 a 87 vta., produciéndose los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación de la acción

El accionante a través de su abogado, en audiencia de consideración de esta

acción de libertad, reiteró el contenido íntegro de su demanda tutelar.

I.2.2. Informe de las autoridades demandadas

Blanca Carolina Chamon Calvimontes y Jorge Alejandro Vargas Villagómez, Vocales de la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, por memorial presentado el 13 de marzo de 2018, cursante de fs. 84 a 85 vta., manifestaron: **1)** Para la procedencia de la acción de libertad, es necesario que la persona sea ilegalmente perseguida o procesada, lo que no ocurre en el presente caso, porque el procesamiento del accionante obedece a una imputación formal del Ministerio Público; **2)** La jurisprudencia constitucional reiteradamente estableció que las acciones constitucionales, no son la vía idónea para pedir el cumplimiento de las resoluciones dictadas dentro de las acciones tutelares; más aún, en las de medidas de coerción personal, al no causar ejecutoria y estar sujetas a revisión por la autoridad jurisdiccional; **3)** En relación a la debida fundamentación, de igual forma la jurisprudencia constitucional en la SC "1365/2005-R de 31 de octubre", sostuvo que ésta, puede ser concisa y clara, que satisfaga todos los puntos demandados; debiendo el juez, justificar razonablemente su decisión, aspecto que fue fielmente cumplido en el Auto de Vista 152/2017-SP1; y, **4)** En ese sentido, la decisión de declarar sin lugar la apelación y mantener la detención preventiva del imputado, obedece a que si bien el acusado presentó Certificado Domiciliario, ello no fue suficiente para desactivar el riesgo previsto en el art. 234.2 del CPP; razón por la cual, no se vulneró el derecho a la libertad del imputado de tutela; toda vez que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 251 de la referida norma procesal penal, es potestad legal de las Salas Penales de los Tribunales Departamentales de Justicia, considerar y resolver las apelaciones incidentales sobre medidas cautelares, que en el caso en particular, y respecto al delito de violación de infante, niña, niño o adolescente, la probabilidad de autoría estaría enmarcada.

I.2.3. Participación de los terceros intervinientes

La Defensoría de la Niñez y Adolescencia, representada legalmente por Claudia Varinia Fernández Suárez, en audiencia, manifestó, que las sanciones impuestas al accionante fueron efectuadas de manera correcta, así como la valoración realizada por los Vocales demandados, quienes consideraron la situación de vulnerabilidad de la víctima; motivo por el cual, solicitó no dar lugar a la tutela impetrada por el imputado.

I.2.4. Resolución

El Tribunal de Sentencia Penal Segundo de la Capital del departamento de Tarija, constituido en Tribunal de garantías, a través de la Resolución 02/2018 de 13 de marzo, cursante de fs. 88 a 94, **concedió en parte** la tutela solicitada, disponiendo: **i)** Dejar sin efecto el Auto de Vista 152/2017-SP1, debiendo la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, emitir una nueva

resolución, tomando en cuenta los fundamentos del Tribunal de garantías y la jurisprudencia glosada en relación a la valoración de la prueba, indicando las razones por las que se la estima o desestima y a qué conclusión llega con cada uno de los elementos probatorios, resolución a dictarse sin esperar turno, en cuanto se reciban los actuados; **ii)** Que, en la misma resolución, aclaren lo referido a la desactivación del art. 234.1 y 2 del CPP; y, **iii)** Existiendo el Auto Interlocutorio de imposición de medidas cautelares, no corresponde determinar la libertad del imputado.

Determinación efectuada sobre la base de los siguientes fundamentos: **a)** Las resoluciones de medidas cautelares no afectan a la presunción de inocencia ni al derecho a la libertad; puesto que, la detención preventiva es una medida cautelar para asegurar la concurrencia del acusado en la investigación del proceso y lograr el cumplimiento de la ley, conforme prevé el art. 233 del CPP; **b)** Los riesgos procesales establecidos en los arts. 234 y 235 de la indicada norma procesal penal, hacen procedente la detención preventiva; toda vez que, la libertad de las personas, si bien está garantizada por la Constitución Política del Estado y las leyes; estas normas también admiten su restricción, cuando en aplicación de la ley, se desarrolla un proceso o una investigación -arts. 23.I de la CPE y 221 del CPP-; **c)** El impetrante de tutela aduce una serie de omisiones vulneratorias de sus derechos, por parte de las autoridades demandadas, supuestamente cometidas en la audiencia de apelación de 30 de agosto de 2017; empero, no consta en acta, que se hubiera solicitado aclaración, explicación o enmienda, cuando pudo haberlo hecho oportunamente, a fin de subsanar los errores del Tribunal de alzada; sin embargo, se debe ingresar a analizar el fondo de su problemática, así no haya utilizado este recurso; **d)** En cuanto al art. 234.1 del CPP; del Auto de Vista impugnado, se tiene que, si bien hizo referencia al citado numeral 1, se trata de un error de transcripción del acta, porque en todo lo demás, se analizó el numeral 2 de dicha norma; así, lo tienen aclarado las autoridades demandadas en su informe; razón por la cual, su Resolución obedece, a que si bien el acusado presentó el Certificado Domiciliario, ello no fue suficiente para desvirtuar el riesgo procesal previsto en el señalado art. 234.2 del CPP; aclaración que se considera necesaria; **e)** Respecto a la lesión del principio de presunción de inocencia, el acusado debe tomar en cuenta que en las audiencias de consideración de medidas cautelares, no se determina la autoría ni sanción, sino simplemente, la probabilidad, para lo que son suficientes la existencia de indicios; con base en lo cual se considera la necesidad de imponer medidas de este tipo; **f)** En relación al art. 234.10 del CPP y a la SCP "0070/2015" que fue citada al efecto, el Tribunal de alzada reconoció que la mención de dicha Sentencia fue errónea, manteniendo en lo demás los fundamentos efectuados, basados en las declaraciones realizadas por la víctima y el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra, por ser menor de edad; considerando además, que existe peligro para ella, sustentándose en su declaración como elemento probatorio, que tiene valor de presunción de verdad, conforme lo señala el art. 193.c. del Código Niña, Niño y Adolescente (CNNA) -Ley 548 de 17 de julio de 2014-, al ser tomada en cuenta como parte de un sector de la población en

situación de vulnerabilidad, por su edad, género y contexto social; razón por la cual, respecto de dicho riesgo procesal, el demandante de tutela no puede argüir que falta fundamentación en la Resolución cuestionada; y respecto de la supuesta ausencia de valoración de los certificados de antecedentes policiales y penales presentados por el acusado en la audiencia de apelación, los mismos son útiles para apreciar la personalidad del imputado, pero no, para desvirtuar los riesgos procesales, en un delito de orden sexual a una menor de edad, o para acreditar la inexistencia del hecho ni eliminar el nexo causal entre éste y el hecho; motivos por los cuales, consideran que no existe vulneración alguna de los derechos del peticionante de tutela; y, **g)** En cuanto al peligro de obstaculización, establecido en el art. 235.2 del CPP, no es subjetivo que la experiencia, psicología, sana crítica y prudente arbitrio de la Jueza, en este tipo de delitos, le permita razonar, que la persona investigada, utilice todos los medios a su alcance para evitar una acusación, menos llegar a un juicio oral e impedir que la víctima declare; más aún, si el imputado es un funcionario policial y la investigación está a cargo de la Policía Boliviana, entidad a la que pertenece; influencia que no solo puede darse, desde la función o profesión que uno ejerce, sino también, por las relaciones de amistad y camaradería desarrolladas.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional Plurinacional

Al no existir consenso en la Sala, de conformidad con el art. 30.I.6 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP), se convocó al Presidente de este Tribunal, a fin de dirimir con su voto el caso en análisis.

II. CONCLUSIONES

Del análisis y compulsas de los antecedentes que cursan en obrados, se establece lo siguiente:

- II.1.** Cursa la imputación formal y solicitud de medidas cautelares -detención preventiva- presentada el 9 de agosto de 2017, efectuadas por el Ministerio Público a la Jueza de Instrucción Penal Tercera de la Capital del departamento de Tarija, dentro de la investigación seguida contra Ruddy Iván Ramírez Acuña -ahora accionante-, por la presunta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente, siendo víctima una menor de 12 años de edad (fs. 34 a 37).
- II.2.** Se tiene Acta de Audiencia de Medidas Cautelares de 10 de agosto de 2017, efectuada en el Juzgado de Instrucción Penal Tercero de la Capital del departamento de Tarija, dentro del proceso penal seguido contra el accionante por la presunta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente (fs. 38 a 42).
- II.3.** Mandamiento de detención preventiva 43/2017 de 10 de agosto, expedido por la Jueza de Instrucción Penal Tercera de la Capital del departamento

de Tarija contra el accionante, ordenado mediante Auto Interlocutorio 226/2017 de igual fecha, dentro de la investigación que le sigue el Ministerio Público por la presunta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente (fs. 43).

- II.4.** Por Auto Interlocutorio de 11 de agosto de 2017, pronunciado por la Jueza de Instrucción Penal Tercera de la Capital del departamento de Tarija, se homologaron las medidas de protección requeridas por el Ministerio Público a favor de la víctima, dentro del proceso penal antes referido (fs. 44 y vta.).
- II.5.** Consta Acta de Audiencia de Apelación de Medidas Cautelares de 30 de agosto de 2017, realizada en la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, para resolver la apelación incidental interpuesta por el impetrante de tutela contra el Auto Interlocutorio 226/2017 de 10 de igual mes y año, emitido dentro del proceso penal seguido en su contra por el Ministerio Público, por la presunta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente (fs. 45 y vta.).
- II.6.** Mediante Auto de Vista 152/2017-SP1 de 30 de agosto, pronunciado por Blanca Carolina Chamon Calvimontes y Jorge Alejandro Vargas Villagómez, Vocales de la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija -ahora demandados-, se declaró "sin lugar" el recurso de apelación interpuesto por el demandante de tutela, manteniendo la Resolución pronunciada por la Jueza a quo (fs. 46 vta. a 47).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El accionante aduce que dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público en su contra, por la presunta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente, la Jueza a quo dispuso su detención preventiva, que fue confirmada en grado de apelación por los Vocales demandados, a través del Auto de Vista 152/2017-SP1 que vulnera sus derechos y garantías constitucionales al debido proceso en sus vertientes de fundamentación y motivación, al acceso a la justicia, a la libertad, a la defensa y a la prohibición de reforma en perjuicio; y, los principios de seguridad jurídica, legalidad e imparcialidad; toda vez que, los nombrados omitieron pronunciarse sobre todos los puntos apelados que desvirtuaban los riesgos procesales de la medida cautelar impuesta. Por lo que, solicita restablecer las formalidades legales, se restituya su derecho a la libertad, se revoque el Auto de Vista impugnado y se deje sin efecto el mandamiento de detención preventiva emitido en su contra.

En consecuencia, corresponde en revisión, verificar si tales extremos son evidentes a fin de conceder o denegar la tutela solicitada; para ello, se desarrollarán los siguientes temas: **1)** La fundamentación y motivación de las resoluciones como elementos de la garantía del debido proceso; **2)** La exigencia

de fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales que resuelven medidas cautelares: Las resoluciones de los tribunales de apelación y la interpretación del art. 398 del CPP; **3)** Los requisitos para la aplicación de la detención preventiva desde una perspectiva de género en delitos de violencia sexual: La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la autoría o la participación en un hecho punible; **4)** Los requisitos para la aplicación de la detención preventiva desde una perspectiva de género en delitos de violencia en razón de género: El riesgo procesal de fuga de peligro efectivo para la víctima o el denunciante en delitos relacionados a violencia contra la mujer -art. 234.10 del CPP-; y, **5)** Análisis del caso concreto.

III.1. La fundamentación y motivación de las resoluciones como elementos de la garantía del debido proceso

El derecho a una resolución fundamentada y motivada, como elementos del debido proceso, reconocido como un derecho fundamental, garantía jurisdiccional y derecho humano en las normas contenidas en los arts. 115.II y 117.I de la CPE; 8 de la CADH; y, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), fue desarrollado en la amplia jurisprudencia constitucional, siendo uno de los antecedentes, el entendimiento contenido en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre¹; la cual establece como exigencia del debido proceso, **que toda resolución debe exponer los hechos y el fundamento legal de la decisión, de manera que en caso de omisión, se vulnera dicho derecho.** Posteriormente, en la SC 0946/2004-R de 15 de junio², se aclara que dicha garantía es aplicable también en procesos administrativos y disciplinarios.

En el Fundamento Jurídico III.3, de la SC 0871/2010-R de 10 de agosto, se establecieron los requisitos que debe contener toda resolución jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso, como son:

- a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales,
- b) Debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes,
- c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto,
- d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales,
- e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de

¹El cuarto Considerando, indica: "...el derecho al debido proceso, que entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma.

...consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el porqué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución".

²El FJ III.3, refiere: "...la garantía del debido proceso no es únicamente aplicable en el ámbito judicial, sino también en el administrativo y disciplinario, cuanto tenga que determinarse una responsabilidad disciplinaria o administrativa e imponerse una sanción como ha ocurrido en el presente caso".

forma motivada, f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado.

En cuanto a los requisitos que debe contener una resolución administrativa en segunda instancia, la SCP 0275/2012 de 4 de junio³, precisó que dicho fallo debe exponer los hechos y citar las normas que sustentan la decisión, además de pronunciarse sobre todos y cada uno de los aspectos impugnados en el recurso.

Por su parte, la SC 0802/2007-R de 2 de octubre⁴ se refirió a la fundamentación como sustento de una resolución disciplinaria; empero, es la SCP 2221/2012 de 8 de noviembre⁵, la que desarrolla el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada, señalando que el mismo está dado por sus finalidades implícitas, como son: **i) El sometimiento a la Constitución Política del Estado y al bloque de**

³El FJ III.2.3, señala: "**Toda autoridad administrativa que emita una resolución en segunda instancia, debe mínimamente exponer en la resolución: 1) Los hechos, citando las normas que sustentan la parte dispositiva de la resolución, efectuando la relación de causalidad entre los hechos y la norma aplicable; 2) Pronunciamiento sobre todos y cada uno de los aspectos impugnados en el recurso de alzada, actuando en mínima petita, considerando cada aspecto de manera puntual y expresa, desarrollando una valoración lógica de los puntos impugnados, efectuar lo contrario, elimina la parte fundamental de la resolución, lesionando efectivamente el debido proceso, derivando en el extremo inaceptable que los procesados no puedan conocer cuáles son las razones del fallo y cual es la posición del tribunal de alzada en relación con los puntos impugnados. En tanto y en cuanto, las resoluciones administrativas de segunda instancia conlleven insertas en su texto de manera expresa, las respuestas a todos los aspectos cuestionados en el recurso de impugnación, el sujeto sometido al proceso disciplinario, tendrá la plena convicción respecto a que la decisión asumida por la autoridad administrativa es a todas luces justa. Esta afirmación nos lleva a concluir que no le está permitido a la autoridad administrativa, reemplazar una adecuada y sustanciosa fundamentación por una elemental relación de antecedentes**".

⁴El FJ III.4, expresa: "Consignientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por el sumariante y demás autoridades competentes deberán estar fundamentadas en debida forma, expresando lo motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes, y en los casos en los que existan coprocesados, resulta primordial la individualización de los hechos, las pruebas, la calificación legal de la conducta y la sanción correspondiente a cada uno de ellos en concordancia con su grado de participación o actuación en el hecho acusado".

⁵El FJ III.1, manifiesta: "En ese marco, se tiene que **el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada y motivada** (judicial, administrativa, o cualesquier otra, expresada en una resolución en general, sentencia, auto, etc.) que resuelva un conflicto o una pretensión **está dado por sus finalidades implícitas, las que contrastadas con la resolución en cuestión, dará lugar a la verificación de su respeto y eficacia. Estas son: (1)** El sometimiento manifiesto a la Constitución, conformada por: **1.a)** La Constitución formal; es decir, el texto escrito; y, **1.b)** Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad; así como a la ley, traducido en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad; **(2)** Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: El valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia; **(3)** Garantizar la posibilidad de control de la resolución en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación; y, **(4)** Permitir el control de la actividad jurisdiccional o la actividad decisoria de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado por parte de la opinión pública, en observancia del principio de publicidad. Estos elementos se desarrollarán a continuación: (...)

(2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: El valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia. (...)

b) En correspondencia con lo anterior, la arbitrariedad puede estar expresada en: **b.1)** Una `decisión sin motivación´, o extendiendo esta es **b.2)** Una `motivación arbitraria´; o en su caso, **b.3)** Una `motivación insuficiente´. (...)

c) La arbitrariedad también se expresa en la falta de coherencia, o incongruencia de la decisión (principio de congruencia), cuando el conjunto de las premisas, -formadas por las normas jurídicas utilizadas para resolver el caso, más los enunciados fácticos que describen los hechos relevantes- no son correctas, fundadas y si, además, su estructura también no lo es. Esto, más allá si la resolución que finalmente resuelva el conflicto es estimatoria o desestimatoria a las pretensiones de las partes. Es decir, como señala Robert Alexy, se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación".

constitucionalidad; ii) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución no es arbitraria; es decir, que observa el valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia; iii) Garantizar la posibilidad del control de la resolución por medio de los recursos; iv) Permitir el control social de la resolución en mérito al principio de publicidad; y, v) La observancia del principio dispositivo, que implica la otorgación de respuestas a las pretensiones de las partes -quinta finalidad complementada por la SCP 0100/2013 de 17 de enero⁶.

Respecto a la segunda finalidad, tanto la SCP 2221/2012 como la SCP 0100/2013, señalan que la **arbitrariedad** puede estar expresada en una decisión: **a)** Sin motivación, cuando la resolución no da razones que la sustenten; **b)** Con motivación arbitraria, cuando se basa en fundamentos y consideraciones meramente retóricas o deviene de la valoración arbitraria, irrazonable de la prueba, o en su caso, de la omisión en la valoración de la prueba aportada en el proceso; **c)** Con motivación insuficiente, cuando no se da razones de la omisión de pronunciamiento sobre los planteamientos de las partes; y, **d)** Por la falta de coherencia del fallo, que se manifiesta: **d.1)** En su dimensión interna, cuando no existe relación entre las premisas -normativa y fáctica- y la conclusión -por tanto o parte resolutive-; y, **d.2)** En su dimensión externa, que implica que la resolución debe guardar correspondencia con lo pedido o impugnado por las partes. Ambos entendimientos, sobre la coherencia interna y externa, tienen su antecedente en la SC 0863/2003-R de 25 de junio⁷, así como en la SC 0358/2010-R de 22 de junio⁸, **estableciendo que en el ámbito**

⁶El FJ III.2, establece: "A las cuatro finalidades implícitas que determinan el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada o derecho a una resolución motivada (judicial, administrativa, o cualesquier otra, expresada en una resolución en general, sentencia, auto, etc.) que resuelva un conflicto o una pretensión cuáles son: 1) El sometimiento manifiesto a la Constitución, conformada por: 1.a) la Constitución formal, es decir, el texto escrito; y, 1.b) los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad; así como a la ley, traducido en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad; 2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: el valor justicia, el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de razonabilidad y el principio de congruencia; 3) Garantizar la posibilidad de control de la resolución en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación; 4) Permitir el control de la actividad jurisdiccional o la actividad decisoria de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado por parte de la opinión pública, en observancia del principio de publicidad (SCP 2221/2012 de 8 de noviembre, se suma un quinto elemento de relevancia constitucional; y, 5) La exigencia de la observancia del principio dispositivo.

5) La observancia del principio dispositivo, implica la exigencia que tiene el juzgador de otorgar respuestas a las pretensiones planteadas por las partes para defender sus derechos".

⁷El FJ III.3, expresa: "Que, al margen de ello, también cabe reiterar que el art. 236 CPC, marca el ámbito de contenido de la resolución a dictarse en apelación, pues estipula que la misma, deberá circunscribirse precisamente a los puntos resueltos por el inferior y que además hubieran sido objeto de apelación y fundamentación, de manera que el Juez o tribunal ad-quem, no puede ir más allá de lo pedido, salvo en los casos en que los vicios de nulidad constituyan lesiones a derechos y garantías constitucionales como cuando la nulidad esté expresamente prevista por ley".

⁸El FJ III.3.1, señala: "De esa esencia deriva a su vez la congruencia como principio característico del debido proceso, entendida en el ámbito procesal como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto, en materia penal la congruencia se refiere estrictamente a que el imputado no podrá ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o su ampliación; ahora bien, esa definición general, no es limitativa de la congruencia que debe tener toda resolución ya sea judicial o administrativa y que implica también la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva, pero además esa concordancia debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos emitidos por la resolución, esta concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume. En base a esos criterios se considera que quien administra justicia debe emitir fallos motivados, congruentes y pertinentes".

procesal, el principio de congruencia se entiende no solo como la correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto, sino que además implica la concordancia del fallo; es decir, su coherencia interna, entendimiento que fue reiterado en la SCP 1915/2012 de 12 de octubre⁹, entre otras. Por su parte, respecto a la congruencia de las resoluciones de segunda instancia, la SC 0682/2004-R de 6 de mayo¹⁰ señaló que el pronunciamiento debe guardar correspondencia con los agravios de la apelación y la contestación de alzada.

En resumen, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional glosada, **una resolución será arbitraria cuando carezca de motivación o sea arbitraria o insuficiente; asimismo, cuando la resolución no tenga coherencia o congruencia interna o externa.**

La jurisprudencia contenida en las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 2221/2012 y 0100/2013 citadas anteriormente, fue modulada por la **SCP 0014/2018-S2 de 28 de febrero**; la cual, entendió que únicamente es posible conceder la tutela y disponer la nulidad de la resolución judicial o administrativa, ordenando se emita otra nueva, ante la denuncia de arbitraria o insuficiente fundamentación, previo análisis de la incidencia de dicho acto supuestamente ilegal en la resolución que se está cuestionando a través de la acción de amparo constitucional; es decir, previo análisis de su relevancia constitucional; por cuanto, si no tiene efecto modificadorio en el fondo de la decisión, la tutela concedida por este Tribunal, únicamente tendría como efecto el que se pronuncie una nueva resolución con el mismo resultado; en ese sentido, **en el Fundamento Jurídico III.1**, estableció:

Ahora bien, la jurisprudencia precedentemente citada debe ser complementada a partir de la **relevancia constitucional** que tenga la alegada arbitraria o insuficiente fundamentación y motivación de las resoluciones, es decir, que deberá analizarse la incidencia de dicho acto supuestamente ilegal en la resolución que se está cuestionando a través de la

⁹El FJ III.2, indica: "La abundante jurisprudencia del extinto Tribunal Constitucional, ha señalado con relación al principio de congruencia -que es determinante en cualquier proceso judicial o administrativo- como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto, que implica la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva, que debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y juicios de valor emitidos por la resolución, esta concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan la razón que llevó a la determinación que se asume (SC 1619/2010-R de 15 de octubre). Bajo ese razonamiento, el principio de congruencia forma parte de derecho-garantía-principio del debido proceso, contemplado en el art. 115.I de la CPE".

¹⁰El FJ III.1, refiere: "Además de ello, toda resolución dictada en apelación, no sólo por disposición legal sino también por principio general, debe sujetarse a los puntos de apelación expuestos por la parte apelante, que se entiende deben estar relacionados con lo discutido ante el juez *a quo*. Para el mismo objetivo -resolver la apelación-, también el juez *ad quem*, si se trataran de varias apelaciones y deba resolverlas en una sola resolución deberá individualizar a las partes, lo que supone también, la individualización de sus pretensiones y resolverlas de la misma forma; pues en el único caso que podrá dirigirse en su fundamentación a dos o más apelantes, será cuando éstos hubieran coincidido en sus argumentos al presentar su apelación, o varios hubieran presentado apelación en forma conjunta. Ahora bien, la misma obligación que tiene el juez *ad quem* frente a los apelantes, también debe cumplirla frente a la parte adversa, para el caso de que el procedimiento aplicable admita que la misma pueda responder al recurso, pues omitir las consideraciones a la respuesta igual que no responder a los puntos de apelación, resulta arbitrario y por lo mismo, daría lugar a una omisión indebida plasmada en la resolución que resuelve la apelación".

acción de amparo constitucional; pues, si no tiene efecto modificatorio en el fondo de la decisión, la tutela concedida por este Tribunal únicamente tendría como efecto el que se pronuncie una nueva resolución con el mismo resultado; consiguientemente, a partir de una interpretación previsor, si bien la arbitraria o insuficiente fundamentación, aún carezca de relevancia, deberá ser analizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional; empero, corresponderá denegar la tutela por carecer de relevancia constitucional, con la aclaración que este entendimiento es únicamente aplicable a la justicia constitucional que no exigirá para efectuar el análisis, que la o el accionante cumpla con carga argumentativa alguna.

III.2. La exigencia de fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales que resuelven medidas cautelares: Las resoluciones de los tribunales de apelación y la interpretación del art. 398 del Código de Procedimiento Penal

Los estándares de fundamentación y motivación contenidos en las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 2221/2012 y 0100/2013 -citadas anteriormente-, son aplicables a las resoluciones judiciales que resuelven medidas cautelares, conforme a las exigencias específicas en materia procesal penal y a lo dispuesto en los arts. 233.1 y 2; 234 y 235 del CPP; asimismo, la SCP 0077/2012 de 16 de abril, en una resolución judicial que resolvió una medida cautelar en apelación, interpretó el art. 398 del mismo Código.

Ahora bien, la modulación efectuada por la **SCP 0014/2018-S2**, que analiza previamente la relevancia constitucional, para disponer la nulidad de la resolución cuando se denuncia arbitraria o insuficiente motivación, **no alcanza a las resoluciones que imponen la medida cautelar de detención preventiva**, en las que sí, es exigible disponer la nulidad y realizar el reenvío ante la autoridad jurisdiccional ordenando se emita nueva resolución; por cuanto en estos casos, aun se advierta que la corrección de una decisión con fundamentación o motivación arbitraria o insuficiente, no modificará la parte resolutive, esto es, la decisión de la detención preventiva; sin embargo, es esencial que el imputado y el juez o tribunal conozcan las razones jurídicas que sustentaron la decisión de la detención preventiva respecto a las condiciones establecidas en el art. 233.1 y 2 del CPP, vinculadas a los arts. 234 y 235 del citado cuerpo legal; es decir, es esencial que conozcan cuáles fueron los elementos de convicción y supuestos que determinaron la imposición de la medida cautelar, a efectos que: **i)** Por una parte, el imputado pueda solicitar en el futuro su cesación de la detención preventiva, aportando nuevos elementos de convicción que demuestren que ya no concurren los motivos que la determinaron, y por tanto, solicite medidas sustitutivas o su libertad irrestricta; y, **ii)** Por otra, el juez o tribunal analice de manera ponderada,

si los nuevos elementos de convicción que aportó el imputado, demuestran que ya no concurren los motivos que determinaron la medida o la conveniencia que la misma sea sustituida por otra.

En efecto, conforme destacó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, en la Sentencia de 21 de noviembre de 2007 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas¹¹ -jurisprudencia de la Corte IDH incorporada al bloque de constitucionalidad, a partir de la SC 0110/2010 de 10 de mayo-, la motivación de la decisión judicial que restringe la libertad personal, garantiza el derecho a la defensa, por cuanto, evita que una falta de motivación impida que el imputado conozca las razones por las cuales permanece privado de libertad, además, le dificulta su tarea de presentar nueva evidencia o argumentos con el fin de lograr su liberación o impugnar de mejor manera una prueba de cargo determinante. Por lo que, tanto la resolución que impone la medida cautelar de detención preventiva, como la que resuelve la apelación deben tener, en palabras de la Corte IDH, una **fundamentación suficiente**, que permita al privado de libertad conocer los motivos por los cuales se mantiene su restricción a este derecho¹².

III.3. Los requisitos para la aplicación de la detención preventiva desde una perspectiva de género en delitos de violencia sexual: La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la autoría o la participación en un hecho punible

Toda privación de libertad, debe cumplir con los requisitos formales y materiales; respecto a los primeros, la restricción del derecho a la libertad solo será válida si se respetan las formas establecidas por ley, es decir, si el mandamiento emana de autoridad competente y es emitido por escrito, salvo el caso de flagrancia.

Con relación al requisito material, la privación de libertad solo será válida por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley. En ese sentido, para la aplicación de la medida cautelar de detención preventiva, el juez debe partir de la consideración que las medidas

¹¹El párrafo 118, señala: "Por otro lado, la Corte destaca que la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente, más aún en ámbitos en los que se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado. Ello no ocurrió en el presente caso. La falta de motivación en las decisiones de la Jueza impidió que la defensa conociera las razones por las cuales las víctimas permanecían privadas de su libertad y dificultó su tarea de presentar nueva evidencia o argumentos con el fin de lograr la liberación o impugnar de mejor manera una prueba de cargo determinante".

¹²El párrafo 107, indica: "El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad (...)".

Del mismo modo, el párrafo 117, subraya: "De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse (...)".

cautelares de carácter personal no equivalen a una sentencia condenatoria ni pueden ser confundidas con penas, sino, son simples cautelas que pueden dictarse **con carácter excepcional, preventivo pero no sancionatorio**, cuando se reúnan de manera estricta los requisitos fácticos o jurídicos señalados por la ley para el efecto y resulten indispensables para alcanzar la finalidad que con ella se persigue, como es, la comparecencia del imputado al proceso.

Ahora bien, para la aplicación de la restricción excepcional del derecho a la libertad personal del imputado en calidad de detenido preventivo, en nuestro ordenamiento jurídico se establece, que deben concurrir de manera simultánea los dos requisitos previstos en los numerales 1 y 2 del art. 233 del CPP, referidos a la probabilidad de la participación del imputado y los peligros de fuga u obstaculización.

En ese sentido, la medida cautelar de detención preventiva que importa la afectación del derecho a la libertad del imputado, debe ser dispuesta por la autoridad judicial competente, previa verificación de requisitos establecidos por ley, con la indispensable justificación de su necesidad y finalidad.

Al efecto, estas condiciones están establecidas en nuestra norma procesal penal, específicamente en el art. 233 del CPP, que recoge estas exigencias, al señalar que realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, **a pedido fundamentado del fiscal o de la víctima**, aunque no se hubiera constituido en querellante, cuando concurren los siguientes requisitos:

1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible.
2. La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad.

La consideración del primer requisito debe responder a la existencia de evidencia física y material, que genere un mínimo de credibilidad que permita al juez, inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, lo cual impide que la autoridad judicial funde su determinación en presunciones.

Sin embargo, con relación a la concurrencia de este primer elemento, referido a la probabilidad de autoría o participación en un hecho punible, **en delitos contra la libertad sexual**, debe tomarse en cuenta, que el proceso argumentativo adquiere otra connotación; puesto que, debe ajustarse a los estándares de protección normativa y jurisprudencial internacional y nacional generada con relación al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, específicamente de la violencia sexual, que exige en delitos como los de abuso sexual, aplicar una perspectiva de

género¹³, en sujeción a los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución Política del Estado, como la observancia al principio de igualdad y consecuente prohibición de prácticas discriminatorias negativas contra las mujeres¹⁴; debiendo tomarse en consideración, que la argumentación fáctica en estos supuestos, sea en la determinación de los hechos como en la **valoración de la prueba**, resulta más compleja, pues, es donde se manifiesta en mayor medida el sesgo de género; consecuentemente, el juez está obligado a tener una perspectiva de género, considerando la discriminación y violencia estructural hacia las mujeres, pero también, efectuando un análisis de la situación concreta de la víctima.

Asimismo, la valoración de los elementos indiciarios debe ser efectuada en el marco del principio de igualdad, verificando que no exista un análisis o tratamiento discriminatorio, pero además, considerando en todo momento los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, es importante mencionar que la Corte IDH, en el Caso Fernández Ortega y otros vs. México¹⁵, en la Sentencia de 30 de agosto de 2010, sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, señaló que la violación sexual es un tipo particular de agresión, que en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas, más

¹³La perspectiva de género tiene su fundamento en los derechos humanos; por cuanto, permite materializar el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución Política del Estado y en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

Cabe señalar que la Ley Integral Para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia -Ley 348 de 9 de marzo de 2013-, contiene normas específicas para el desarrollo del proceso de violencia, desde la denuncia, pasando por la investigación, la persecución penal y el juicio propiamente dicho; siendo pertinente, hacer referencia a su art. 45, que establece una serie de garantías a las mujeres en situación de violencia, para asegurar el ejercicio de todos sus derechos y su efectiva protección, entre ellas, la adopción de decisiones judiciales sin sesgos de género o criterios subjetivos que afecten o entorpezcan la valoración de pruebas y la consiguiente sanción al agresor.

Asimismo, cabe señalar que el Estado boliviano, conforme a las obligaciones asumidas de aplicar aquellos instrumentos jurídicos regionales relativos a la violencia contra la mujer integrados al ordenamiento jurídico interno, a partir de su ratificación; en el caso, lo establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará- y las recomendaciones y observaciones de su respectivo Comité. En mérito a que este instrumento internacional, se constituye en el primer tratado en la dimensión internacional que reconoce la violencia contra las mujeres como una violación a los derechos humanos, tendiente a erradicar la reproducción de distintos tipos de patrones de discriminación en su contra. Así, el art. 9 de dicha Convención establece, que los Estados tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, por ser menor de edad o estar en situación socioeconómica desfavorable.

De igual modo, la Decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en el Caso LC vs. Perú -octubre 2011-, resulta un importante precedente en el ámbito de protección de los derechos de las mujeres y niñas; por cuanto, el CEDAW además de abordar el derecho del aborto en casos de violencia sexual, reconoció la obligación de protección reforzada que recae sobre las niñas, adolescentes y mujeres mayores víctimas de violencia sexual.

¹⁴El reconocimiento formal de la igualdad de la mujer fue extenso, así desde la perspectiva interna, el nuevo diseño constitucional, establece como uno de sus pilares fundamentales el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Este principio está previsto además, como valor del Estado en el art. 9.II de la CPE, lo que significa que -como principio y valor es transversal a todo el conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales y del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Por otra parte, el art. 14.I y II de la CPE, consagra los principios de igualdad y no discriminación, en los siguientes términos:

"I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna" (las negrillas son nuestras); reconocimiento que correlaciona con la prohibición y sanción de las prácticas discriminatorias en los términos siguientes:

II. **El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación** fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, **u otras [categorías sospechosas] que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona"** (las negrillas y lo señalado entre corchetes son añadidos).

¹⁵Párrafo 89. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar que dentro de un proceso penal de este tipo, se presenten pruebas gráficas o documentales, y por ello, **la declaración de la víctima se constituye en una prueba fundamental sobre los hechos**; en ese sentido, corresponde también mencionar al Caso Espinoza Gonzales vs. Perú, en la Sentencia de 20 de noviembre de 2014, sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, la cual señaló que la declaración de la víctima, se constituye en una prueba fundamental, tratándose de violaciones sexuales, y que la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima¹⁶.

Dicho entendimiento jurisprudencial de la Corte IDH, es coherente con lo dispuesto en el art. 193.c. del CNNA, que sobre la base del principio de presunción de verdad, señala que: "Para asegurar el descubrimiento de la verdad, todas las autoridades del sistema judicial deberán considerar el testimonio de una niña, niño o adolescente como cierto, en tanto no se desvirtúe objetivamente el mismo".

En ese sentido, la Corte IDH en el referido Caso Espinoza González vs. Perú, estableció que en las violaciones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye ni anula la declaración de la víctima. Concretamente, en su párrafo 153, señaló:

153. En el mismo sentido, en casos donde se alegue agresiones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima. En tales casos, no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de violencia o violación sexual en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de dichos exámenes.

Asimismo, la Corte IDH, estableció que las posibles inconsistencias internas en la declaración de la víctima de violencia sexual -más aún, si es una niña, niño o adolescente- producidas por la expresión, uso del lenguaje, traducción, intervención de terceros, no resultan sustanciales, por cuanto, no es infrecuente que respecto de hechos de esta naturaleza puedan existir algunas imprecisiones¹⁷. Así, los desacuerdos intrasujeto; es decir, las contradicciones de la persona víctima de violencia sexual, no pueden reducirse a la conclusión que la víctima hubiere mentado, sino, que deben ser valoradas conforme a la naturaleza del hecho.

En ese sentido, en la valoración de la prueba de los hechos, en asuntos de violencia sexual, las declaraciones de la víctima, se constituyen en una prueba fundamental; y en el caso de las medidas cautelares, en una prueba indiciaria esencial para la acreditación del art. 233.1 del CPP; por

¹⁶Párrafo 153. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf

¹⁷Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Párrafos 105 y 106.

cuanto, prueban la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible o en palabras de la Corte IDH, la existencia de: “...*indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga*”¹⁸

La consideración del requisito contenido en el art. 233.1 del CPP, es la primera actividad que debe desarrollar el juez en la audiencia de consideración de medidas cautelares para la aplicación de la detención preventiva, escuchando al efecto, el argumento del fiscal y someterlo al contradictorio para determinar, si en el caso concreto, concurre este primer requisito, pues solo cuando esto sucede, se puede pasar al análisis del segundo.

De igual modo, la previsión del numeral 1 del art. 233 del CPP, debe ser interpretada y comprendida conforme a la Constitución Política del Estado, en concreto, de acuerdo a la garantía de la presunción de inocencia; habida cuenta que, la imputación formal no constituye base para determinar la culpabilidad o la inocencia del sujeto; por lo tanto, a más que la aplicación de medidas cautelares de carácter personal, surja de la acreditación de una presunta participación o autoría, dicho concepto -probable autoría o participación-, debe emerger de una valoración armónica e integral de los elementos de juicio que sean objetivos y concretos; siendo uno de ellos, la declaración de la víctima en delitos de violencia sexual, en el marco de los estándares establecidos por la Corte IDH.

III.4. Los requisitos para la aplicación de la detención preventiva desde una perspectiva de género en delitos de violencia en razón de género: El riesgo procesal de fuga de peligro efectivo para la víctima o el denunciante en delitos relacionados a violencia contra la mujer -art. 234.10 del Código de Procedimiento Penal-

Para la aplicación de la restricción excepcional del derecho a la libertad personal del imputado en calidad de detenido preventivo, deben concurrir de manera simultánea los dos requisitos previstos en los numerales 1 y 2 del art. 233 del mismo Código, referidos a la probabilidad de la participación del imputado y los riesgos procesales de fuga u obstaculización.

El segundo requisito referido al peligro de fuga u obstaculización, contemplado en el numeral 2 del art. 233 del CPP, fue desarrollado en los arts. 234 y 235 del CPP; encontrándose dentro de los primeros, el peligro efectivo para la víctima o el denunciante -art. 234.10 del CPP-. Sobre esta circunstancia, la jurisprudencia constitucional contenida en la

¹⁸Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 101.

SCP 0056/2014 de 3 de enero -que declaró la constitucionalidad del art. 234.10 del CPP- señaló en el Fundamento Jurídico III.5.3, que:

En definitiva, el peligro relevante en materia penal al que hace referencia la norma demandada, es la posibilidad de que la persona imputada cometa delitos, pero no el riesgo infinitesimal al que se refiere Raña y descrito en el Fundamento Jurídico III.3 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, sino el riesgo emergente de los antecedentes personales del imputado por haberse probado con anterioridad que cometió un delito, lo que genera una probabilidad adicional de delinquir; más, esa situación es similar a la establecida en el art. 234.8 del CPP, referido a: "La existencia de actividad delictiva reiterada o anterior"; empero, aunque parecida no es similar, encontrando diferencia puesto que la norma demandada adicionalmente precisa que la situación de peligrosidad sea efectiva, mientras que la del art. 234.8 del CPP, precisa antecedentes criminales reiterados; en ese orden, es también necesario comprender la efectividad de la peligrosidad exigida por la norma demandada.

El concepto "efectivo" que se debe adicionar a la peligrosidad para que opere como fundamento de la detención preventiva por peligro de fuga, hace alusión, según el diccionario jurídico que utiliza este Tribunal, a un apeligro existente, real o verdadero, como contraposición a lo pretendido, dudoso, incierto o nominal; es decir a un peligro materialmente verificable, más allá del criterio subjetivo del juez, que puede ser arbitrario, por ello supone la asistencia de elementos materiales comprobables en la situación particular concreta desde la perspectiva de las personas y los hechos, por ello se debe aplicar bajo el principio de la razonabilidad y la proporcionalidad, no encontrando en ello ninguna inconstitucionalidad por afectación del debido proceso o de la presunción de inocencia consagrados constitucionalmente.

En consecuencia, el peligro efectivo, encuentra justificación en la necesidad de imponer medidas de seguridad a las personas que hubieran sido encontradas culpables de un delito anteriormente, pero no le sindicaba como culpable del ilícito concreto que se juzga, ni provoca que en la tramitación del proceso sea culpable del presunto delito cometido.

De acuerdo a dicho entendimiento, el peligro efectivo para la víctima o el denunciante debe ser materialmente verificable, lo que supone la existencia de elementos comprobables respecto a la situación concreta de las víctimas. Así, tratándose de casos de violencia contra las mujeres, desde una perspectiva de género, se entiende que para evaluar dicho riesgo, deberá considerarse la situación de vulnerabilidad o de desventaja en la que se encuentren la víctima o denunciante respecto al imputado; así como las características del delito, cuya autoría se atribuye al mismo; y, la conducta exteriorizada por éste contra las víctimas, antes y con posterioridad a la comisión del delito, para determinar si dicha conducta puso y pone en evidente riesgo de vulneración, los derechos tanto de la víctima como del denunciante.

Igualmente, en el marco de las medidas de protección hacia las mujeres víctimas de violencia, exigidas al Estado boliviano por las normas internacionales, y también considerando las normas internas, se entiende que las autoridades fiscales y judiciales, deben considerar que, en los casos de violencia contra las mujeres, para evaluar el peligro de fuga

contenido en el art. 234.10 del CPP, deberá considerarse **la situación de vulnerabilidad o de desventaja en la que se encuentren la víctima o denunciante respecto al imputado**; así como las características del delito, cuya autoría se atribuye al mismo; y, la conducta exteriorizada por éste contra las víctimas, antes y con posterioridad a la comisión del delito, para determinar si dicha conducta puso y pone en evidente riesgo de vulneración, los derechos tanto de la víctima como del denunciante.

III.5. Análisis del caso concreto

El accionante aduce que dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público en su contra, por la presunta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente, la Jueza de primera instancia dispuso su detención preventiva; motivo por el cual, interpuesto recurso de apelación incidental; consiguientemente, los Vocales demandados dictaron el Auto de Vista 152/2017-SP1, confirmando la Resolución impugnada, vulnerando sus derechos y garantías constitucionales al debido proceso en sus vertientes de fundamentación y motivación, al acceso a la justicia, a la libertad, a la defensa y a la prohibición de reforma en perjuicio; y, los principios de seguridad jurídica, legalidad e imparcialidad; toda vez que, los nombrados omitieron pronunciarse sobre todos los puntos apelados que desvirtuaban los riesgos procesales de dicha medida cautelar.

De los antecedentes, se tiene que el 10 de agosto de 2017, se llevó a cabo la audiencia de consideración de medidas cautelares, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra el accionante por la presunta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente; en la que, la Jueza de Instrucción Penal Tercera de la Capital del departamento de Tarija, por Auto Interlocutorio 226/2017, dispuso su detención preventiva; Resolución que fue objetada a través del recurso de apelación incidental, a cuyo efecto los Vocales demandados, mediante Auto de Vista 152/2017-SP1, declararon "sin lugar" dicho recurso; y en consecuencia, mantuvieron la determinación de primera instancia.

Efectuada la contextualización de la problemática planteada, corresponde efectuar una síntesis de la impugnación realizada en grado de apelación y el análisis de la forma en la cual, los Vocales demandados la resolvieron:

a) Sobre el primer requisito para imponer la medida cautelar de detención preventiva, contenido en el art. 233.1 del CPP y el carácter de prueba indiciaria fundamental de la declaración de la víctima de violencia sexual

El imputado -ahora accionante- impugnó, que en la audiencia de apelación de medidas cautelares se lesionó el principio de presunción de inocencia por errónea aplicación de la norma e incorrecta valoración de la prueba, con relación al art. 233.1 del CPP; toda vez

que, -a decir suyo- existiría contradicción en la declaración de la víctima y las demás pruebas presentadas, como ser el Certificado Médico Forense.

Al respecto, los Vocales demandados mediante Auto de Vista 152/2017-SP1 en sus Considerandos II.2 y II.3 sobre el art. 233.1 del CPP, señalaron, que cuando la norma habla de suficientes elementos para sostener que el imputado es autor o partícipe de un hecho punible, se debe tener en cuenta que estos elementos son indicios, y en el caso concreto, los mismos fueron presentados por el Ministerio Público con la declaración de la menor víctima, que de acuerdo con el art. 193 del CNNA, se establece el principio de credibilidad en la declaración de la menor; por lo que, el hecho que exista contradicción con las demás declaraciones, es una situación que en la etapa preparatoria, no es posible analizar; dado que, son circunstancias que hacen al juicio oral, siempre respetando el principio de presunción de inocencia, hasta que el imputado tenga una sentencia condenatoria.

El argumento esgrimido por las autoridades judiciales demandadas sobre el art. 233.1 del CPP, tiene validez constitucional y legal, en el marco de la jurisprudencia glosada en el Fundamento Jurídico III.3 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional; según la cual, la declaración de la víctima se constituye en una prueba indiciaria fundamental para la acreditación del art. 233.1 del CPP y que las posibles inconsistencias internas en la declaración de la víctima de violencia sexual -más aún si es una niña, niño o adolescente- no resultan sustanciales, sino, que deben ser valoradas conforme a la naturaleza del hecho.

Así, no es razonable el argumento del imputado en sentido que existiría contradicción entre la declaración de la víctima con las demás pruebas testificales presentadas, e incluso, con el Certificado Médico Forense; por cuanto, los Vocales demandados se apegaron a los estándares internacionales e internos en la valoración de la prueba en casos de delitos de violencia sexual, como ocurre en el caso concreto, que se trata de una Resolución judicial en grado de apelación, que confirmó la detención preventiva del imputado dentro de un proceso penal por la supuesta comisión del delito de violación a una niña menor de edad; otorgando correctamente el valor a la declaración de la víctima, incluso de manera prevalente sobre la prueba pericial, esto es, del Certificado Médico Forense y otras declaraciones testificales, estableciendo con ello, la suficiencia de la declaración de la víctima de violencia sexual como un elemento indiciario suficiente, que se subsume en el supuesto de hecho de la norma abstracta contenido en el art. 233.1 del CPP.

Asimismo, la valoración integral de la prueba efectuada por la Jueza de primera instancia como por los Vocales demandados, estuvo en coherencia con los lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH, entendiendo que la violación sexual es un tipo particular de agresión, que en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas, más allá de la víctima y el agresor o los agresores -de ahí el carácter de prueba fundamental de la declaración de la víctima de violencia sexual, y por lo tanto, con mayor peso probatorio respecto de otros medios probatorios testificales, así no sean consistentes con la declaración de la víctima-; además, no todos los casos de violencia sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de exámenes médicos -incluida la valoración de la prueba científica practicada por el médico forense, que no disminuye ni anula el carácter de prueba fundamental a la declaración de la víctima de violencia sexual-; por lo que la misma, se apega al sistema de valoración de la prueba de la libre convicción o sana crítica, que rige en materia penal; en virtud de la cual, el juez en la apreciación de todos los medios de prueba, tiene libertad de convencimiento; empero, limitado por las reglas de la lógica psicológica y experiencia común, así como la obligación de motivar las razones de su convencimiento, además, y esto es fundamental, es indispensable que las autoridades judiciales presten atención a los principios constitucionales que sustentan la prueba, como es el principio de verdad material, que se encuentra previsto en el art. 180 de la CPE; en virtud al cual, la o el juzgador debe encontrar la paz social, la aplicación de la justicia y el respeto a los derechos humanos, buscando la verdad de los hechos, por encima de mecanismos formales o procesales, con la finalidad que las partes accedan a una justicia material, eficaz y eficiente, procurando que el derecho sustantivo prevalezca sobre el formal -SCP 0238/2018-S2 de 11 de junio, en su Fundamento Jurídico III.2-.

b) Sobre el segundo requisito para imponer la medida cautelar de detención preventiva contenida en el art. 233.2 del CPP con relación a los arts. 234 y 235 del mismo cuerpo legal, esto es, sobre la valoración de los riesgos procesales en delitos relacionados a la violencia contra la mujer: La valoración prevalente del riesgo procesal de fuga como peligro efectivo para la víctima o el denunciante -art. 234.10 del CPP-

El imputado -ahora accionante-, sobre la valoración de los riesgos procesales, sostuvo respecto del art. 234.1 del CPP, que presentó Certificado Domiciliario, a fin de acreditar el requisito del domicilio; con relación al art. 234.10 del mismo Código, señaló que la Jueza de primera instancia se basó en la SC "0070/2015", que no se refiere a la interpretación del indicado precepto, vulnerando el principio de

presunción de inocencia; y finalmente, en cuanto al art. 235.2 y 4 del citado cuerpo legal, aduce que la Jueza a quo, no puede basarse en subjetivismos que no fueron probados objetivamente.

Al respecto el Auto de Vista 152/2017-SP1 en sus Considerandos II.4 y II.5, indicó que: **1)** El Certificado Domiciliario presentado por el imputado, que acreditó que tenía domicilio en el barrio Avaroa de la ciudad de Tarija -art. 234.1 del CPP-, no era suficiente para desvirtuar el riesgo procesal contenido en el art. 234.2 del CPP, esto es: "Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto" -así también, señala el informe presentado por las autoridades demandadas en la presente acción de libertad-; **2)** Sobre la valoración del riesgo procesal de fuga como peligro efectivo para la víctima o el denunciante -art. 234.10 del CPP-, refirió que si bien la Jueza a quo incurrió en un error de transcripción al citar la "SC 070/2015"; sin embargo, se consideró el riesgo procesal que incidió en el estado de vulnerabilidad de la víctima y la existencia de peligro efectivo para la misma, conforme a los elementos indiciarios, como la declaración de la menor, prestada en la etapa preparatoria; y, **3)** Sobre la valoración contenida en los numerales 2 y 4 del art. 235 del CPP, señaló que la Jueza de primera instancia, sostuvo que el imputado puede influir en la víctima menor de edad que se encuentra en especial estado de vulnerabilidad, ya que conoce su domicilio y puede influir negativamente en testigos, partícipes y otros; más aún, si el imputado es un funcionario público que podría obstaculizar la averiguación de la verdad; por lo que, la referida autoridad no se basó en meros subjetivismos.

En ese orden, el Auto de Vista 152/2017-SP1, en sus Considerandos II.4 y II.5, expresó argumentos jurídicos válidos sobre la exigencia de valoración integral de los elementos de prueba y de las circunstancias descritas en los arts. 234 y 235 del CPP, esto es, sobre la valoración de los riesgos procesales en delitos relacionados a la violencia contra la mujer, por las siguientes razones jurídicas:

- i) Sobre el riesgo procesal de peligro para la víctima o el denunciante -art. 234.10 del CPP-, conforme lo glosado en el citado Fundamento Jurídico III.3, para evaluar dicho riesgo desde una perspectiva de género, las autoridades fiscales y judiciales, **deben considerar la situación de vulnerabilidad o desventaja en la que se encuentre la víctima**, así como las características del delito, cuya autoría se atribuye al imputado y la conducta exteriorizada por éste contra la misma, antes y con posterioridad a la comisión del delito, para determinar si dicha conducta puso y pone en evidente riesgo de vulneración, los derechos de la víctima;

- ii) En el caso concreto, al momento de valorar el riesgo procesal contenido el art. 234.10 del CPP, **se consideró correctamente la situación de vulnerabilidad o de desventaja en la que se encontraba la víctima y denunciante respecto al imputado**, por cuanto, conforme a la denuncia de la madre y la imputación formal, la víctima de violencia sexual por la supuesta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente, es una niña de 12 años edad y el imputado es un funcionario policial de un recinto penitenciario; siendo una persona conocida por la familia y madre de la víctima -denunciante-, que frecuentaba mucho la pensión de la madre, y cuando ésta se ausentó por viaje, aprovechó su ausencia para concurrir a su domicilio.

Conforme a ello, **se consideró la especial situación de vulnerabilidad de la niña víctima de violencia sexual, por sufrir engaño, violencia, amenaza, intimidación, coerción, ejercicio de poder sobre la misma**, por cuanto, entre otros aspectos declarados por la menor agredida sexualmente, y que también constan en la imputación formal, le prometía que sacaría a su papá del recinto penitenciario en el que se encontraba, le daba dinero -a ella y a sus hermanos-, le dio un celular, le obligaba a tomar pastillas antes y después de las relaciones sexuales, le llevaba a realizar pruebas de embarazo, frecuentaba su domicilio de manera forzada cuando su madre estaba ausente por motivos de viaje, se aprovechó de la amistad que tenía con la madre y la familia de la víctima, etc. -imputación formal fs. 34 a 37-; y,

- iii) En ese orden, a partir de la valoración integral de cada uno de los elementos de prueba sobre el análisis de los riesgos procesales en delitos relacionados a la violencia contra la mujer, de protección, aún más, reforzada en el caso de niñas, niños y adolescentes, como ocurre en el caso concreto, resulta fundamental, y por ende, prevalece la valoración del riesgo procesal contenido en el art. 234.10 del CPP, situación que le permitió concluir que no se desvirtuaron los riesgos procesales.

Consiguientemente, el Auto de Vista 152/2017-SP1 impugnado, emitido por los Vocales demandados, mediante esta acción de libertad, tiene validez constitucional al ser pronunciado en coherencia con los estándares internacionales e internos, en protección a las víctimas de violencia sexual; por lo mismo, no lesiona el derecho al debido proceso en sus componentes de fundamentación y motivación de las resoluciones emitidas en alzada, correspondiendo denegar la tutela solicitada.

En consecuencia, el Tribunal de garantías al **conceder en parte** la tutela impetrada, no evaluó correctamente los alcances de la acción de libertad; por lo que, corresponde denegarla totalmente; es decir, no solo respecto a disponer la libertad del accionante, sino también, con relación a dejar sin efecto el Auto de Vista 152/2017-SP1, conforme a lo argumentado precedentemente.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Segunda; en virtud de la autoridad que le confieren la Constitución Política del Estado y el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; en revisión, resuelve: **REVOCAR en parte** la Resolución 02/2018 de 13 de marzo, cursante de fs. 88 a 94, pronunciada por el Tribunal de Sentencia Penal Segundo de la Capital del departamento de Tarija; y en consecuencia: **DENEGAR totalmente** la tutela impetrada, conforme a los argumentos esgrimidos en esta Sentencia Constitucional Plurinacional.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.

Al no existir consenso en Sala dentro del presente caso, dirime el Dr. Petronilo Flores Condori, Presidente; siendo de Voto Disidente el Magistrado, MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano.

Dr. Petronilo Flores Condori

PRESIDENTE

MSc. Julia Elizabeth Cornejo Gallardo

MAGISTRADA