



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL
SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1292/2022-S2
Sucre, 27 de septiembre de 2022

SALA SEGUNDA

Magistrada Relatora: MSc. Brigida Celia Vargas Barañado
Acción de amparo constitucional

Expediente: 37524-2021-76-AAC
Departamento: La Paz

En revisión la Resolución 187/2020 de 2 de diciembre, cursante de fs. 213 a 218 vta., pronunciada dentro de la **acción de amparo constitucional** interpuesta por **Helen del Carmen Álvarez Virreira** contra **Adán Willy Arias Aguilar, Vocal de la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.**

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la demanda

Por memorial presentado el 27 de noviembre de 2020, cursante de fs. 145 a 149, la accionante expresó que:

I.1.1. Hechos que motivan la acción

Dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra William Kushner Dávalos -ahora tercero interesado-, por la presunta comisión del delito de feminicidio, se constituyó en víctima secundaria por ser madre de Claudia Andrea Aramayo Álvarez, quien falleció el 19 de agosto de 2015; litigio sustanciado ante el Tribunal de Sentencia Penal Séptimo de la Capital del departamento de La Paz, que dictó la Sentencia 92/2020 de 24 de septiembre, imponiendo al prenombrado la pena máxima de treinta años, Resolución que no se encontraría ejecutoriada.

El 20 de noviembre -se entiende 2020-, el tercero interesado pidió cesación de la detención preventiva al amparo del art. 239.1 del Código de Procedimiento Penal (CPP), que fue rechazada por el mencionado Tribunal, sosteniendo que ante dicha solicitud operó la inversión de la carga de la prueba al acusado, conforme establecieron las SSCC "252/2003", 1110/2005-R, 0709/2011-R y 1326/2011-R; además, el precitado entendió como nueva prueba una alerta migratoria "...señalando que si (...) pasaría por un puesto migratorio sea denunciado, así

como un Requerimiento Fiscal que solicita que el Pasaporte presentado en la primera audiencia de Medidas Cautelares, sea resguardado..." (sic); lo que, no desvirtuó el riesgo procesal previsto en el art. 234.2 del referido Código.

El Tribunal a quo, aplicó en su fallo el control de convencionalidad, al amparo de las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0084/2017 de 28 de noviembre y 0024/2018 de 27 de junio, el protocolo con perspectiva de género, el test de convencionalidad, así como tratados internacionales ratificados por nuestro país; empero, fue objeto de apelación en la misma audiencia de cesación de la detención preventiva; la cual, fue radicada por el Vocal de la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz -hoy demandado-, quien dictó el Auto de Vista 573/2020 de 26 de noviembre; sin embargo, sin efectuar ninguna valoración integral, solo hizo una analogía de que todos los ciudadanos transitaríamos de buena fe, afirmando que el tercero interesado no escaparía, adelantándose a los hechos; no obstante, impuso una fianza irrisoria de Bs50 000.- (cincuenta mil bolivianos), para la búsqueda del precitado en caso de fuga.

El Vocal demandado no valoró que el privado de libertad tendría pasaporte y licencia de conducir del país de España, tampoco acreditó registro domiciliario; es decir, podría abandonar el país con absoluta facilidad por la doble nacionalidad boliviana-española de sus dos hijos; pese a ello, de forma irracional dio curso a la detención domiciliaria del prenombrado sin custodios, obviando que en el presente caso, debería prevalecer el principio *in dubio pro vida*; en ese sentido, el Auto de Vista "...cuenta con un argumento totalmente infundado, basado en opiniones subjetivas, así como que es netamente arbitrario y parcializado respecto a las argumentaciones de las partes..." (sic); toda vez que, la referida autoridad demandada, no contempló los argumentos vertidos por el Ministerio Público, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, el Servicio Legal Integral Municipal (SLIM) y las acusaciones particulares existentes, ni consideró lo establecido en las Sentencias Constitucionales Plurinacionales "1250/2016 de 8 de diciembre"; y, 0394/2018-S2 de 3 de agosto, que modularon respecto a los riesgos procesales, señalando que estos persistirían hasta la ejecutoria de la sentencia y no podrían ser pasibles a quedar sin efecto a menos que se evidencien nuevos elementos que desvirtuarían los motivos que las fundaron; aspecto que fue inobservado por el aludido Vocal, transgrediendo así el art. 239.1 del CPP, como el principio de congruencia; ya que, "...al resolver la apelación ante el rechazo de la solicitud de Cesación a la Detención, amplia normativa legal establece que, la resolución que adopte el Juez de garantías debe tener como fundamento del hecho históricamente investigado y que ha sido concretado en la sentencia" (sic).

Asimismo, incumplió con la aplicación del protocolo para juzgar con perspectiva de género, el principio y test de proporcionalidad, este último en relación a la vida de la víctima y a la libertad de una persona ya sentenciada; por lo que, debió verificar quienes eran los sujetos procesales, hecho al que estaba obligado en mérito a dicho protocolo, considerando que una de las acusadoras particulares sería menor de edad con temor a que salga el aludido de la cárcel; en consecuencia, inobservó

los "Arts. 58 hasta el 61" -se entiende de la Norma Suprema-, respecto al interés superior de los derechos de los niños.

I.1.2. Derechos y garantías supuestamente vulnerados

Denunció la lesión de sus derechos a la tutela judicial efectiva o de acceso a la justicia y al debido proceso con relación a los principios de congruencia y seguridad jurídica, citando al efecto los arts. 13, 58, 59, 60, 61, 115, 117.I, 120.I, 178.I y 410 de la Constitución Política del Estado (CPE); y, 8 y 23, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

I.1.3. Petitorio

Solicitó se conceda la tutela, disponiendo la nulidad del Auto de Vista 573/2020, emitida por el Vocal demandado.

I.2. Audiencia y Resolución de la Sala Constitucional

Celebrada la audiencia pública virtual el 2 de diciembre de 2020, según consta en acta cursante de fs. 199 a 212 vta., se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación y ampliación de la acción

La accionante a través de sus abogados, ratificó el tenor íntegro de su memorial de acción de amparo constitucional y ampliándolo manifestó que: **a)** Existiría prueba judicializada que propuso en juicio oral, relacionada a una conversación vía *WhatsApp* que sostuvo con la víctima el 15 de junio de 2015, en la que el ahora tercero interesado le comentó que se encontraba en Estados Unidos (EE.UU.); empero, en la audiencia de medidas cautelares, sólo presentó un pasaporte y no así la visa correspondiente; concluyendo que, aún tenía en su poder ese documento; se sumó a ello, que sus dos hijos tendrían doble nacionalidad, razones por las que afirmó que persistiría el riesgo procesal previsto en el art. 234.2 del CPP; además, se demostró que fue autor de una conducta ilícita sancionada por el Estado Plurinacional de Bolivia; **b)** La decisión del Vocal demandado desconoció normas internacionales de respeto y garantía a los derechos de las víctimas, que en este caso, se trataría de dos mujeres a quienes dejó en indefensión, pues no juzgó con perspectiva de género; **c)** El Auto de Vista 573/2020 que dictó la referida autoridad demandada, incurrió en una indebida motivación y fundamentación, transgrediendo el ordenamiento jurídico; estimando que el tercero interesado se encontraría con juicio concluido y no correspondería aplicar ninguna de las causales previstas en el art. 232 del señalado Código, tampoco consideró lo dispuesto en el art. 233 del citado cuerpo normativo; puesto que, basó su decisión en el art. 231 bis 9 del CPP; mas no realizó un análisis integral de las pruebas, principalmente de la alerta migratoria, que sólo fue parte de un convenio interinstitucional suscrito entre la Fiscalía General del Estado y la Dirección General de Migración (DIGEMIG), con el objeto de asegurar la averiguación de la verdad; lo que, no implicaría que se trataría de

un nuevo elemento, e incluso no se hallaría legislado ni en la Ley de Migración; por lo que, el Vocal demandado le dio al aludido actuado un valor diferente al que ostentaría, vulnerando el debido proceso en sus vertientes de valoración de la prueba y verdad material; ya que, existiría apartamiento del marco de razonabilidad y equidad, como también de omisión de la prueba; **d)** Las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0014/2018-S2 y 0025/2018-S2, ambas de 28 de febrero, refirieron que, cuando se trata de medidas cautelares, estas se valorarían conforme la libre convicción y la sana crítica del juzgador, atendiendo el "...principio de la realidad del principio de verdad real material..." (sic), cuyo límite sería el respeto a las normas legales, así como de la lógica, la psicología y la experiencia en común; aspectos de los cuales se apartó la autoridad demandada, sabiendo la crítica que generaría este tipo de delitos y que expondría la prensa nacional a los ciudadanos; **e)** Existiría incongruencia interna; puesto que, el Auto de Vista cuestionado dio curso a la solicitud del tercero interesado; sin embargo, le impuso una fianza que sería utilizada para su recaptura; de igual forma, en cuanto a la incongruencia externa, debió atender los argumentos manifestados tanto del solicitante de la cesación de la medida extrema como de la contestación, pero respecto a este último, no hubo más que una referencia formal; **f)** Cuando se trata de feminicidios sería obligatoria la aplicación de lo instruido en el Acuerdo de Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia "126/2016" que justamente sería el protocolo para juzgar con perspectiva de género, así como el Acuerdo 193/2016 de 23 de noviembre, del Consejo de la Magistratura y la Circular "08/2016" de 15 de abril, que obligaría a los juzgadores a aplicar el test de convencionalidad conforme los arts. 410 y 256.13 de la CPE, establecido también en la SC 0061/2010-R de 27 de abril y SCP 1662/2013 de 4 de octubre, debiendo considerar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 9 de junio de 1994 "Convención Belém do Pará", la Declaración Universal de Derechos Humanos, inclusive los derechos del niño, tomando en cuenta que la víctima sería una niña, y también debería observarse el caso González y otros (Campo Algodonero) vs. México, que resultaría jurisprudencia emblemática en casos de violencia contra la mujer; **g)** La autoridad demandada fundamentó respecto a la presunción de inocencia del entonces acusado, pero no ponderó los hechos de feminicidio, ni la existencia de dos víctimas, una de ellas sería menor de edad, que sufriría acoso todos los días por las redes sociales; y una madre que buscaría justicia; en consecuencia, inobservó lo previsto en los arts. 1 y 8 de la CADH en relación a la Convención Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), así como la jurisprudencia de los casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú y la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia -Ley 348 de 9 de marzo de 2013-, que exigiría a los juzgadores a obrar con la debida diligencia; **h)** El acto cuestionado sería una típica resolución estereotipada, porque prevaleció el derecho del ahora tercero interesado; además, el Vocal demandado manifestó que en cualquier momento se podría anular obrados; lo que, no ocurriría al advertirse medidas cautelares; e, **i)** Estaría indignada y decepcionada; ya que, se sobrepusieron los derechos de un condenado en primera instancia, sobre los de

una mujer que ya no podría defenderse, ni de su nieta, obviando el interés superior del niño, siendo que la justicia debería evitar el daño físico y mental de las y los menores de edad; sin embargo, desde el primer día sufrió violencia y acoso a través de las redes sociales, así como mentiras, denigración, amenazas de muerte, y un tribunal que estuvo durante cuatro años (desde el 27 de julio de 2016 hasta el 24 de septiembre de 2020), determinando una condena; no obstante, la parte contraria utilizó a los medios de comunicación para amenazar a las víctimas e incluso a las autoridades judiciales.

A las consultas de René Oscar Delgado Ecos, Vocal de la Sala Constitucional Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, respondió que: **1)** El tercero interesado no tuvo la voluntad de acreditar que tenía pasaporte y visa de EE.UU., siendo un elemento que se encontraría en la Resolución primigenia; por lo que, el nombrado tendría facilidades para abandonar el país, o permanecer oculto incluso al inicio del proceso, cuando estaba internado en una clínica que se le fue asignada, se le encontró maletas debajo de la cama; por lo que, persistiría el riesgo procesal previsto en el art. 234.2 del CPP; **2)** Dentro del litigio hubo reiterados pedidos de cesación de la detención preventiva, entre los cuales estaría el Auto de Vista 193/2020 de 22 de mayo, emitido por el Vocal demandado, en el cual indicó que: "...este riesgo no se reduce a preparatorios de juicio sino persiste de que se inicia con la citación con imputación formal y culmina con la ejecutoria de la sentencia, y se está refiriendo al 234 inc. 2..." (sic); y, **3)** Si no tendría relevancia constitucional, no se hubiesen transgredido los derechos y garantías constitucionales en la resolución cuestionada, y se solicitaría una modificación de la medida; sin embargo, la autoridad demandada le otorgó a la prueba consistente en la alerta migratoria, un valor fuera de la lógica y experiencia, pese a ser un "simple aviso" que surgió entre el Ministerio Público y la DIGEMIG, que empezó el 14 de enero de 2020, teniendo como objeto evitar la fuga del tercero interesado; ya que, ni siquiera se determinó custodios, situación que planteó y cuestionó en su solicitud de complementación y enmienda al Auto de Vista 273/2020; empero, se le contestó que ello implicaría modificación de la medida cautelar.

I.2.2. Informe del demandado

Adán Willy Arias Aguilar, Vocal de la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, mediante informe escrito presentado el 2 de diciembre de 2020, cursante de fs. 192 a 198, y en audiencia a través de su abogado manifestó que: **i)** En cuanto a la presunta vulneración del art. 239.1 del CPP, cuestionado por la accionante, pues el tercero interesado no habría acreditado con ningún elemento nuevo que desvirtuaría los riesgos procesales, transgrediendo el principio de congruencia; este reclamo no resultaría cierto, teniéndose como prueba el informe del Secretario del Tribunal de Sentencia Penal Séptimo de la Capital del indicado departamento, quien afirmó que estarían bajo cadena de custodia el pasaporte y la licencia de conducir del privado de libertad, de los cuales no solicitó desglose; respecto a la alerta migratoria vía terrestre y aérea, ambos no fueron valorados adecuadamente por el Tribunal a quo; **ii)** El único riesgo procesal que subsistió era el de permanecer oculto o

fugarse del país situación prevista en el art. 234.2 del CPP; ya que, la aplicación de una medida cautelar tendría carácter restrictivo, conforme señaló el art. 7 del citado cuerpo normativo, y su naturaleza sería instrumental, pero también temporal; es decir, que se podría enervar los riesgos procesales de fuga y obstaculización; **iii)** Cualquiera fuera el delito por el cual se estaría sustanciando, ya sea en fase investigativa, juicio oral o durante el proceso, el imputado tendría derecho a defenderse en libertad con una medida menos gravosa, atendiendo el principio de inocencia previsto en el art. 116.I de la CPE; en consecuencia, ningún riesgo procesal podría sustentarse en la gravedad del delito; por ello, cuando se solicitó la cesación de la medida extrema impuesta, la carga de la prueba le correspondería al procesado; en ese sentido, se pronunció la Resolución ahora cuestionada, en virtud a los principios de legalidad y verdad material, de acuerdo a lo estipulado en el art. 239.1 del CPP; **iv)** Sobre el reclamo relacionado a que no se observó el protocolo para juzgar con perspectiva de género, vulnerándose el principio de proporcionalidad entre la vida de la víctima con la libertad de la persona sentenciada; en el trámite de cesación de la detención preventiva, no se juzgaría; si bien, resultaría posible contemplar la situación de vulnerabilidad de la víctima en razón de género, ello dependería de la existencia del riesgo procesal previsto en el art. 234.7 del citado Código, que en el caso de autos fue enervado; **v)** En cuanto a la vulneración de la tutela judicial efectiva, el principio de seguridad jurídica y el debido proceso, no se entendería de qué forma estos hubieran sido conculcados; ya que, la impetrante de tutela solo citó normas y convenciones de manera general; **vi)** Si se resolverían cuestiones referentes a medidas cautelares, no se discutiría el fondo de la problemática que fue dilucidado en el juicio oral, a menos que la detención preventiva fuera soportada por el tercero interesado (imputado) por más de cinco años; situación que también consideró en su fallo; **vii)** La peticionante de tutela no demostró cuál fue el derecho y/o garantía constitucional lesionado, máxime si su decisión estuvo debidamente fundamentada y motivada tanto fáctica como jurídicamente, con base en las pruebas presentadas por el tercero interesado, que no fueron adecuadamente apreciadas por el Tribunal a quo, quienes argumentaron que no pudieron revisar los antecedentes que estaban en su despacho debido a la pandemia por el COVID-19; por ello, reparó esos agravios expresados por la defensa técnica del nombrado; **viii)** En razón al entendimiento asumido en la SCP 0969/2019-S4 de 21 de noviembre, subsumido al caso concreto, advirtió que carecería de relevancia constitucional; y, **ix)** Se pretendería revertir el fallo dictado dentro de un proceso ordinario vía acción de amparo constitucional, lo que implicaría que el “tribunal de garantías” proceda a una nueva valoración de la prueba, quebrantando el principio de legalidad ordinaria; así razonó la SCP 1631/2013 de 4 de octubre; por lo expuesto, solicitó se deniegue la tutela pedida.

Ante las consultas del Vocal de la Sala Constitucional Tercera del señalado Tribunal Departamental, señaló que: **a)** Sobre la falta de congruencia externa, reclamada por la solicitante de tutela, en relación a que el riesgo de fuga persistió durante todo el proceso, aquello sería ir contra la naturaleza temporal de una medida cautelar, pues estas no alcanzarían la calidad de cosa juzgada; asimismo, el Juez

a quo en la decisión primigenia sostuvo la existencia del riesgo de fuga con base en el pasaporte, la licencia de conducir y la capacidad económica del tercero interesado; empero, este último fue anulado en apelación por ser discriminatorio; en ese sentido, no fue consignado otro elemento, por ejemplo, que los hijos del prenombrado tendrían doble nacionalidad boliviana y española, facilitándole esta situación para salir del país; por tanto, en el ejercicio de sus funciones, el límite de sus competencias serían los agravios que fueron debatidos en grado de apelación ante la Sala de la cual sería titular; **b)** En lo que concernía a la alerta migratoria, su importancia radicó en que ningún ciudadano que se encontraría registrado con dicha alerta, podría salir del país a través de las fronteras terrestres o aéreas; lo que, se constituiría en un nuevo elemento de convicción, y minimizaría el riesgo de fuga, no siendo aquel actuado nulo de pleno derecho como alegó la accionante, pues conforme estipuló el art. 1296 del Código Civil (CC), los títulos y certificados expedidos por representantes del Estado boliviano, sobre la materia de su competencia y con las formalidades de ley, harían plena prueba, aspecto que no consideró el Tribunal a quo, quien no expuso un razonamiento acorde a la "lógica" jurídica ni sana crítica, ante lo cual tuvo que reparar ese agravio; ya que, la licencia de conducir y pasaporte, eran nuevos elementos de convicción, debiendo aplicarse el principio de favorabilidad y lo previsto en los arts. 221 y 222 del CPP, pues las medidas cautelares deberían causar el menor perjuicio posible al tercero interesado; **c)** Respecto al riesgo procesal previsto en el art. 234.7 del citado Código, sobre el peligro efectivo para la víctima, este desapareció; ya que, fue enervado con resoluciones anteriores; y, **d)** El Auto de Vista 573/2020, expuso las razones por las cuales en ese momento procesal existían ciertos riesgos procesales (art. 234.2 CPP), pero ello no implicaría que sea incongruente en el fondo, porque esa posibilidad aún seguiría manteniéndose, solo se minimizó el riesgo de fuga.

I.2.3. Intervención de los terceros interesados

William Kushner Dávalos, mediante escrito presentado el 30 de noviembre de 2020, cursante de fs. 152 a 154, y en audiencia de garantías a través de su abogado, manifestó que: **1)** Hizo constar una declaración voluntaria notariada respecto a una publicación en las redes sociales de una de las abogadas de la peticionante de tutela, quien tenía el decreto de admisión de esta acción de defensa, la misma fecha que fue presentada -27 de igual mes y año-, sin la firma de la Secretaria de la Sala Constitucional Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, pese a que, el horario de atención era hasta horas 16:30; por lo que, debió subir a despacho recién el lunes; razón por la que, exigió a los Vocales de la referida Sala Constitucional, independencia e imparcialidad en sus actos, sin injerencias de ningún tipo, y anunció que ese hecho sería denunciado ante las instancias correspondientes; **2)** La impetrante de tutela pretendería mostrar que no tendría derecho a impugnar o solicitar cesación de su detención preventiva, o que no gozaría de la presunción de inocencia, obviando que se encontraría privado de libertad desde hace cinco años y tres meses, tiempo en el que fue objeto de difamación; **3)** Sobre el carácter progresivo de derechos y la perspectiva de género, la accionante citó el art. 13 de la CPE, manifestando que los derechos no

serían entendidos como negación de “otros derechos enunciados” (sic) o de la presunción de inocencia; sin embargo, fue objeto de infamia y muerte civil pese a su inocencia; **4)** Sobre la prueba “MP10” de su viaje a Miami, fue ponderada por el Tribunal a quo en una de sus solicitudes para la cesación de su detención preventiva, que desvirtuaría el riesgo procesal contemplado en el art. 234.2 del CPP, invocado por el Ministerio Público; empero, en apelación fue dejada sin efecto mediante la Auto de Vista 206/2015 -no señaló fecha-; **5)** En cuanto a que no tendría domicilio específico, en el fallo primigenio se estableció que sería en la calle “23 N° 8050”, de la zona de Calacoto de la ciudad de Nuestra Señora de La Paz; **6)** En esta acción de defensa hicieron referencia a varias sentencias constitucionales plurinacionales como “prueba”, pero no indicaron cuál fue el fundamento jurídico, la *ratio decidendi*, la vinculatoriedad jurídica o la relación de causalidad que se aplicaría en el presente caso, aspecto que no le correspondería suplir a la Sala de garantías; y, **7)** Se pretendió dramatizar el riesgo procesal de peligro efectivo para la víctima, citando lo estipulado en el art. 234.7 del CPP, que no se encontraba en debate jurídico.

Ante la consulta del Vocal de la Sala Constitucional Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, respondió que, desde la primera audiencia no estuvo cuestionado como riesgo procesal su domicilio, que fue establecido en el Auto de Vista reclamado.

Álvaro Quispe Santander, en representación de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia y el SLIM, mediante memorial presentado el 30 de noviembre de 2020, cursante a fs. 183 y vta., y en audiencia se adhirió a la acción de amparo constitucional; ya que, una detención domiciliaria sin custodia no garantizaría la permanencia de una persona acusada, máxime cuando no se desvirtuó el riesgo para la víctima, no se valoró el principio del interés superior de la niñez y adolescencia, tampoco se ponderó derechos ni se consideró que aún no estaría ejecutoriada la sentencia.

I.2.4. Resolución

La Sala Constitucional Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, mediante Resolución 187/2020 de 2 de diciembre, cursante de fs. 213 a 218 vta., **concedió en parte** la tutela solicitada, únicamente respecto al derecho al debido proceso en su elemento de motivación; con base en los siguientes fundamentos: **i)** En el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile y “Bustos Vs. Uruguay”, introdujeron en la nomenclatura americana el concepto de control de convencionalidad; sin embargo, en la presente demanda tutelar, no se advirtió argumento alguno que recaiga sobre el vinculante producto de la *pacta sunt servanda* respecto a alguna sentencia particular; al respecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional señaló que correspondería la aplicación directa de la Ley Fundamental e inaplicación de la norma de desarrollo; **ii)** La perspectiva de género, el criterio *pro homine* y las reglas *pro actione*, condujeron a la admisión de la presente causa; sin embargo, la mera alegación de derechos no fue material suficiente para conceder en todo la tutela pedida; **iii)** El estatus

jurídico de inocencia no será discutido, ello en atención a la jurisprudencia constitucional y los casos Ricardo Canese vs. Paraguay (fondo de reparaciones desde el apartado 153) y Bulacio vs. Argentina (desde el apartado 154); por tanto, ante la ausencia de una sentencia ejecutoriada, el tercero interesado sería inocente por mandato constitucional, convencional y jurisprudencial, evitando cualquier tipo de etiquetamiento a los sujetos procesales; lo que, no implicaría ningún tipo de parcialidad; **iv)** No debió admitirse esta acción de defensa, pues el debate central versó sobre las medidas cautelares (ya sean personales o reales), que estarían regidas por los principios de variabilidad, instrumentalidad y temporalidad; en consecuencia, en el caso en análisis existiría un *fumus boni iuris* de subsidiariedad por el objeto procesal; **v)** La "SC 410/2013" entre otras, sostuvieron que la jurisdicción constitucional estaría impedida de pronunciarse sobre cuestiones que serían propias de las autoridades jurisdiccionales, no pudiendo ingresar al fondo, observando la legalidad ordinaria; tampoco se podría revalorar la prueba, demostrándose el respeto que tendría esta jurisdicción constitucional hacia otras instancias; en ese sentido, atendiendo lo desarrollado en las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0238/2018-S2 de 11 de junio y 0390/2018-S1 de 13 de agosto, en el caso concreto, se tendría que la accionante debió cumplir con el deber de postular si la labor interpretativa de la autoridad judicial fue absurda, irracional, ilógica y en qué medida la interpretación correcta debería ser expuesta, aspectos que fueron medianamente cumplidos por la prenombrada; como segundo elemento, estaría la identificación de los derechos y garantías vulnerados, que sí observó; y, finalmente, debió explicar el nexo de causalidad demostrando la relevancia constitucional que incumbiría recaer en una cuestión que no podría ser modificada por otro recurso ordinario; no obstante, la situación jurídica del tercero interesado si podría ser modificada por otro tipo de variable; y, **vi)** Considerando el Convenio Belém do Pará, la impetrante de tutela planteó una duda aparentemente razonable, respecto a cuál fue el razonamiento de la autoridad demandada entre su decisión y otras situaciones similares en las que dispuso otras medidas cautelares; por lo que, en mérito a los criterios de favorabilidad, *pro actione*, discriminación positiva, el prenombrado debería fundamentar su decisión con mayor claridad, porque ello permitirá a la impetrante de tutela, conocer cuáles fueron los argumentos para impugnar ese fallo, también podría solicitar su modificación o lo que fuese en derecho, sin afectar la presunción de inocencia de la que gozaría toda persona sujeta a un proceso; asimismo, correspondería que el Vocal demandado, al momento de emitir una nueva resolución, motive la misma, evitando la incongruencia "dinámica".

Respecto a la solicitud de enmienda y complementación requerida en audiencia por la peticionante de tutela, que versó sobre el interés superior del niño, pues existiría una menor de edad que fue víctima secundaria de un hecho de feminicidio a quien se le podría generar un daño irreparable si quedaría expuesta ante el tercero interesado en caso de quedar en libertad; y, si se revocó el Auto de Vista 573/2020, debiendo dictarse uno nuevo; ante lo cual, la citada Sala Constitucional refirió sobre el primer punto que, esa cuestión no sería pertinente en esta acción de amparo constitucional, donde se debatió una medida cautelar,

caso contrario se rompería la regla de subsidiariedad; y advertido el defecto, aclaró que se dejó sin efecto dicho Auto de Vista debiendo emitirse "...una nueva, observando con o sin la filiación a nuestros argumentos..." (sic).

Ante la solicitud de enmienda, complementación y aclaración impetrada por el tercero interesado, respecto a que de alguna forma le afectaría la Resolución constitucional dictada, a la detención domiciliaria dispuesta a su favor, solicitó se le otorgue a la autoridad demandada un plazo no mayor a ocho horas para la emisión del nuevo auto de vista; puesto que, se le estaría lesionando su derecho de presunción de inocencia, impidiéndole que se restituya en su domicilio; ante lo cual, la referida Sala Constitucional determinó que su decisión fue clara en no cuestionar la decisión de la autoridad jurisdiccional; y, en cuanto al plazo, se le otorgó al Vocal demandado veinticuatro horas a partir de la expedición de este fallo constitucional, para dictar una nueva resolución, debiendo a ese fin habilitar días y horas extraordinarias.

I.3. Trámite procesal ante el Tribunal Constitucional Plurinacional

Por decreto constitucional de 28 de octubre de 2021, cursante a fs. 225 y reiterada por su similar de 9 de febrero de 2022, cursante a fs. 260, se dispuso la suspensión de plazo para la emisión de la pertinente resolución a objeto de recabar documentación complementaria; habiéndose obtenido la misma, se reanudó el cómputo del vencimiento, a partir del día siguiente de la notificación con el decreto constitucional de 21 de septiembre de igual año (fs. 287 a 289); por lo que, esta Sentencia Constitucional Plurinacional, es pronunciada dentro del término legal.

II. CONCLUSIONES

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

- II.1.** Mediante Auto Interlocutorio 105/2020 de 20 de noviembre, el Tribunal de Sentencia Penal Séptimo de la Capital del departamento de La Paz, declaró la improcedencia de la solicitud de cesación de la detención preventiva formulada por William Kushner Dávalos -ahora tercero interesado-, y en la vía de enmienda y complementación, se resolvió los puntos solicitados por el nombrado (fs. 241 a 245).
- II.2.** Cursa grabación en Disco Compacto (CD) de la audiencia virtual de apelación sobre medida cautelar de carácter personal de 26 de noviembre de 2020, celebrada por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz (fs. 270 a 271 vta.).
- II.3.** Por Auto de Vista 573/2020 de la citada fecha, Adán Willy Arias Aguilar, Vocal de la referida Sala Penal Segunda -ahora demandado-, resolvió procedente en parte la apelación, revocando el Auto Interlocutorio 105/2020, y dispuso medidas sustitutivas a la detención preventiva a

favor del tercero interesado, consistentes en la detención domiciliaria, arraigo, fianza económica de Bs50 000.-; y, registro biométrico cada quince días ante el Ministerio Público (fs. 246 a 251 vta.).

- II.4.** Cursan Autos de 26 y 30 de noviembre de 2020, por los cuales la autoridad demandada determinó no ha lugar las solicitudes de enmienda y complementación de la peticionante de tutela y del tercero interesado (fs. 251 vta. a 253).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La accionante denuncia la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva o de acceso a la justicia y al debido proceso en sus elementos de fundamentación y motivación, con relación a los principios de congruencia y de seguridad jurídica; debido a que, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra William Kushner Dávalos -tercero interesado-, por la presunta comisión del delito de feminicidio, Adán Willy Arias Aguilar, Vocal de la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz -ahora demandado- dictó el Auto de Vista 573/2020 de 26 de noviembre, disponiendo en lo principal, la detención domiciliaria del tercero interesado, sin observar una debida fundamentación, motivación y congruencia, tampoco realizó análisis integral de las pruebas, desconociendo normas y tratados internacionales ratificados por el país, de respeto y garantías para las víctimas, obviando que una de las acusadoras particulares es menor de edad.

En consecuencia, corresponde en revisión, verificar si tales extremos son evidentes, a fin de conceder o denegar la tutela solicitada.

III.1. Sobre la fundamentación y motivación de las resoluciones como componentes del debido proceso. Jurisprudencia reiterada

Al respecto, la SCP 2221/2012 de 8 de noviembre, manifestó que: "El derecho a una resolución fundamentada y motivada es una de las garantías mínimas del debido proceso reconocido como 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 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El respeto y protección del debido proceso y, por ende, de sus garantías constitutivas, no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también lo es en el ámbito de la potestad sancionadora de la administración pública.

(...)

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:

(1) El sometimiento manifiesto a la Constitución (conformada por: a) La Constitución formal; es decir, el texto escrito; y, b) Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad art. 410.II) y a la ley, de la autoridad -Juez, autoridad administrativa, etc.- o persona privada; es decir, de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado que tenga a su cargo el decidir sobre conflictos o pretensiones, traducido en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad.

En el Estado Constitucional de Derecho asumido por la Constitución, el principio de legalidad se encuentra en sumisión a un principio más alto: El principio de constitucionalidad. Este supone la vinculación a los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución, más allá, o incluso sobre la ley.

La Constitución reconoce a ambos principios (de constitucionalidad y de legalidad), empero, desplaza al principio de legalidad y otorga supremacía al principio de constitucionalidad. Esto se verifica en el art. 410.I, que señala: 'Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución', añadiendo el segundo párrafo que: La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa...'. Además, estipula como fines y funciones esenciales del Estado, entre otros, el garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución (art. 9.4 de la CPE) y, manda como deberes de los bolivianos y bolivianas el conocer, cumplir y hacer cumplir la

Constitución y las leyes, conocer, respetar y promover los derechos reconocidos en la Constitución, y la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución (art. 108 numerales 1, 2 y 3 de la CPE).

(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.

Entonces, cuando todo órgano o persona, sea de carácter público o privado que tenga a su cargo el decidir, pretende hacer uso de facultades discrecionales o arbitrarias alejadas de la razonabilidad (principio de razonabilidad), éste se convierte en una directriz valiosa estrechamente relacionada a la justicia (valor justicia), porque se manifiesta como un mecanismo de control y barra de contención de la arbitrariedad (principio de interdicción de la arbitrariedad), cuya comprensión es multidimensional:

a) Por una parte, la arbitrariedad, es contraria al Estado de derecho (Estado Constitucional de Derecho) y a la justicia (valor justicia art. 8.II de la CPE). En efecto, en el Estado de Derecho, o 'Estado bajo el régimen de derecho' con el contenido asumido por la Constitución bajo la configuración de 'Estado Constitucional de Derecho', cuya base ideológica es 'un gobierno de leyes y no de hombres', existe expresa proscripción que las facultades que ejercite todo órgano o persona, sea de carácter público o privado que tenga a su cargo el decidir sean arbitrarias y, por el contrario, existe plena afirmación de que el ejercicio de esas facultades deben estar en total sumisión a la Constitución y a la ley visualizando, con ello, claramente el reverso del ya sepultado 'Estado bajo el régimen de la fuerza'.

En ese sentido, Pedro Talavera señala: '...la justificación de las decisiones judiciales constituye uno de los pilares del Estado de Derecho frente a las arbitrariedades del Antiguo Régimen'. Del mismo modo, Horacio Andaluz Vegacenteno, sostiene: 'La justificación de las decisiones judiciales es una exigencia del Estado de Derecho, no un elemento lógico del sistema jurídico. Sólo en el Estado de Derecho se considera que una decisión no está suficientemente justificada por el solo hecho de haber sido dictada por una autoridad competente'.

*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'.***

b.1) Por ejemplo, cuando una resolución en sentido general (judicial, administrativa, etc.), no da razones (justificaciones)

que sustenten su decisión, traducido en las razones de hecho y de derecho, estamos ante la verificación de una `decisión sin motivación`, debido a que `decidir no es motivar`. La `justificación conlleva formular juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el derecho y los hechos sub iudice [asunto pendiente de decisión]`.

b.2) Del mismo modo, verbigracia, cuando una resolución en sentido general (judicial, administrativa, etc.) sustenta su decisión con fundamentos y consideraciones meramente retóricas, basadas en conjeturas que carecen de todo sustento probatorio o jurídico alguno, y alejadas de la sumisión a la Constitución y la ley, se está ante una `motivación arbitraria`. Al respecto el art. 30.11 de la Ley del Órgano Judicial -Ley 025- `Obliga a las autoridades a fundamentar sus resoluciones con la prueba relativa sólo a los hechos y circunstancias, tal como ocurrieron, es escrito cumplimiento de las garantías procesales`.

En efecto, un supuesto de `motivación arbitraria` es cuando una decisión coincide 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 (SC 0965/2006-R de 2 de octubre), que influye, en ambos casos, en la confiabilidad de las hipótesis fácticas (hechos probados) capaces de incidir en el sentido, en los fundamentos de la decisión. Es decir, existe dependencia en cómo cada elemento probatorio fue valorado o no fue valorado, para que se fortalezca o debilite las distintas hipótesis (premisas) sobre los hechos y, por ende, la fundamentación jurídica que sostenga la decisión.

(...)

b.3) De otro lado, cuando una resolución no justifica las razones por las cuales omite o se abstiene de pronunciar sobre ciertos temas o problemas jurídicos planteados por las partes, se está ante una `motivación insuficiente`.

Si el órgano o persona, sea de carácter público o privado que tenga a su cargo el decidir incurre en cualesquiera de esos tres supuestos: `decisión sin motivación`, o extendiendo esta, `motivación arbitraria`, o en su caso, `motivación insuficiente`, como base de la decisión o resolución asumida, entonces, es clara la visualización de la lesión del derecho a una resolución fundamentada o motivada, como elemento constitutivo del debido proceso.

Los tres casos señalados, son un tema que corresponderá analizar en cada caso concreto, debido a que sólo en aquéllos supuestos en los que se advierta claramente que la resolución es un mero acto de voluntad, de imperium, de poder, o lo que es lo mismo de arbitrariedad, expresado en decisión sin motivación o inexistente, decisión arbitraria o

decisión insuficiente, puede la justicia constitucional disponer la nulidad y ordenar se pronuncie otra resolución en forma motivada.

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.

(...)

*La SC 0112/2010-R de 10 de mayo, señaló: `...la garantía del debido proceso, comprende entre uno de sus elementos la **exigencia de la motivación** de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución dictaminando una situación jurídica, **debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra manera de dilucidar los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió** y al contrario, cuando aquella motivación no existe y se emite únicamente la conclusión a la que ha arribado el juzgador, son razonables las dudas del justiciable en sentido de que los hechos no fueron juzgados conforme a los principios y valores supremos, vale decir, no se le convence que ha actuado con apego a la justicia y finalmente, la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. Así la SC 1365/2005-R de 31 de octubre entre otras´.*

(3) Otra de las finalidades que justifica la exigibilidad de una resolución motivada es la de garantizar la posibilidad de control de la resolución en cuestión -judicial, administrativa, etc.- por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación, debido a que permite a las partes procesales conocer las razones que

fundamentan las resoluciones, para poder evaluarlas y, en su caso, plantear los recursos pertinentes contra ellas, por ello, la doctrina sostiene que el conocimiento de la justificación decisoria es precondition para accionar contra una decisión.

Entonces, la 'decisión sin motivación', además de lesionar el derecho a una resolución motivada y fundamentada, vulnera el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, constitutivo del derecho al debido proceso reconocido como derecho fundamental, garantía jurisdiccional y derecho humano en las normas contenidas en los arts. 115.II y 117.I de la CPE y 8.2.h) de la CADH y 14.5 del PIDCP.

(...)

La verificación de la inobsevancia de esta finalidad, es competencia en primer término de las autoridades judiciales ordinarias o administrativas, encargadas de materializar el derecho de recurrir ante un tribunal superior y en caso de persistir, de la justicia constitucional, que deberá ser evaluada en cada caso concreto.

(4) La exigencia de una resolución motivada también tiene la finalidad de 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, demostrando ante ella que es verificable objetivamente que las decisiones están en sumisión a la Constitución. debido a que: `...la exigencia de justificar sus decisiones hace posible el control democrático sobre los tribunales', proscribiendo la decisiones con motivaciones, que por estar ancladas en el fuero interno del juzgador, se tornan en secretas" (las negrillas y el subrayado son nuestras).

III.2. Los tribunales de apelación también deben circunscribirse a las contestaciones de los agravios del recurrente

La SCP 0007/2021-S2 de 23 de febrero, al respecto señaló que: «La SCP 0561/2019-S3 de 9 de septiembre, citando la SC 0682/2004-R de 6 de mayo, estableció que: "...los tribunales de apelación deben circunscribir su competencia a los agravios formulados por el recurrente, pero además a las **contestaciones** a los mismos, si es que el procedimiento así lo permite; en cuanto a recursos de apelación incidental en materia penal, el art. 405 del CPP, establece que: 'Presentado el recurso, el juez emplazará a las otras partes para que en el plazo de tres días **contesten** el recurso...'; por lo que, tratándose de recursos de alzada incidentales, se establece que la competencia del tribunal que los resuelve, no solo debe circunscribirse a los cuestionamientos sobre la resolución impugnada, sino también a los **argumentos planteados por la otra parte**, si es que

existe la **contestación** dentro del término previsto por el mencionado precepto legal”.

Así, la indicada SC 0682/2004-R, señaló que “Al tratarse la problemática planteada de omisiones indebidas que se hubieren suscitado dentro de un acto resolutorio materializado en una resolución dictada en apelación, cabe señalar de manera general que toda resolución, en lo que concierne al fondo de la misma, debe ser debidamente fundamentada, lo que obliga a todo juzgador a exponer todos los fundamentos de hecho y derecho en la parte de fundamentación jurídica, la misma que por una parte, deberá guardar consecuencia con la parte de relación de los hechos, en la que resulta obvio se deberá exponer todo cuanto hubiera sido **argumentado por las partes**; y por otra, dicha fundamentación deberá ser congruente con la parte resolutoria que tendrá a su vez que ser coherente con la fundamentación y el petitorio de las partes apelantes.

(...) 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.

Lo expuesto, no responde únicamente a un mero formulismo de estructura sino que al margen de ello, responde al cumplimiento de deberes esenciales del juez que a su vez implican el respeto de derechos y garantías fundamentales de orden procesal expresamente reconocidos a **los sujetos procesales**, así como el derecho de acceso a la justicia, a la garantía del debido proceso que entre uno de sus elementos, reconoce el derecho a exigir una resolución motivada.

(...) las normas previstas por el art. 405 del CPP estipulan: a) que presentada la apelación se corra traslado a la parte adversa de que se les corra traslado para **contestar** el recurso y b) el reconocimiento de ese derecho procesal supone la obligación del juzgador de compulsar tanto los fundamentos del recurso como los fundamentos de la **contestación** a la misma...”.

Por su parte, la SCP 1083/2014 de 10 de junio, en relación a la motivación respecto a la contestación dentro un proceso judicial sostuvo que: “El debido proceso se integra por diferentes elementos que viabilizan las garantías mínimas del justiciable; así, **la congruencia de las resoluciones judiciales**, constituye el debido proceso. Al respecto, Guillermo Cabanellas, entiende al principio de congruencia como: ‘Oportunidad, conveniencia entre preguntas y respuestas; entre

demandas y concesiones o resoluciones. II Conformidad entre el fallo judicial y las pretensiones plateadas por las partes.

*Las sentencias deben ser congruentes con las súplicas de las demandas, **de su contestación** o de su reconvencción, sin que hechos posteriores a la discusión escrita puedan modificar los términos en que fue trabada la litis”.*

De la jurisprudencia citada se puede advertir que el deber de motivación de las resoluciones de los tribunales de alzada, no se limita únicamente a la resolución de los agravios expresados por el recurrente en su impugnación; más al contrario, el Tribunal ad quem debe también considerar de manera motivada la contestación con la que controvierte la otra parte a los puntos apelados, ello en observancia al principio de igualdad procesal que orienta la labor de la administración de justicia dentro el modelo de Estado constitucional de derecho; un entendimiento contrario, afectaría el trato igualitario hacia los justiciables en desmedro del derecho a obtener una resolución debidamente fundamentada y motivada como componente del debido proceso» (el resaltado es añadido).

III.3. Análisis del caso concreto

La impetrante de tutela denuncia que, dentro del proceso penal por la presunta comisión del delito de feminicidio, el Vocal demandado pronunció el Auto de Vista 573/2020 de 26 de noviembre, que resolvió procedente en parte la apelación formulada por el tercero interesado, sin la debida fundamentación, motivación ni congruencia, tampoco realizó un análisis integral de las pruebas, desconociendo normas y tratados internacionales ratificados por el país, de respeto y garantías de las víctimas, obviando que una de las acusadoras particulares es menor de edad, vulnerando así los derechos reclamados en esta acción de defensa.

De la compulsa de antecedentes se tiene que, por Auto Interlocutorio 105/2020 de 20 de noviembre, se declaró la improcedencia de la solicitud de cesación de la detención preventiva formulada por el tercero interesado (Conclusión II.1); decisión apelada, remitida y resuelta por la autoridad demandada, quien dictó el Auto de Vista 573/2020 y los Autos complementarios de 26 y 30 de noviembre de igual año, disponiendo medidas sustitutivas consistentes en la detención domiciliaria del prenombrado, arraigo, fianza económica y registro de biométrico (Conclusiones II.3 y 4).

Conforme a los argumentos expuestos por la solicitante de tutela en su memorial de acción de amparo constitucional, y en atención al principio de subsidiariedad que rige esta acción tutelar, el análisis se realizará a partir del contenido de la decisión final emitida por la autoridad judicial demandada, qué en el presente caso, es el Auto de Vista 573/2020.

En ese sentido, a fin de verificar si el Vocal demandado al momento de resolver la apelación planteada contra el Auto Interlocutorio 105/2020, tomó en cuenta el memorial de contestación al referido recurso, desplegado por la impetrante de tutela, resulta pertinente extraer de este último escrito, los argumentos contenidos en la grabación de audio en el CD, de la audiencia virtual de apelación sobre cesación de la medida cautelar dispuesta, de la siguiente forma:

- a)** El Auto Interlocutorio apelado realizó una valoración integral, considerando que en audiencia el tercero interesado no acreditó ningún elemento de convicción que permita desvirtuar el riesgo procesal que alegó; siendo que, sobre él recaería la carga de la prueba; además, el Tribunal a quo ponderó los motivos que fundaron los riesgos procesales en la resolución primigenia, así como los nuevos elementos de convicción en los que se funda la pretensión del privado de libertad, atendiendo las SSCC "252/2003", 1110/2005-R, 0709/2011-R y 1326/2011-R, los cuales establecieron que opera la inversión de la carga de la prueba en el imputado; sin embargo, el nombrado presentó un requerimiento fiscal en el que además, indujeron en error al representante del Ministerio Público, manifestando que este caso aún se encontraría en investigación, cuando ya existe sentencia condenatoria por feminicidio con treinta años de cárcel sin derecho a indulto;
- b)** El Tribunal de Sentencia Penal Séptimo de la Capital del departamento de La Paz, al realizar la relación circunstanciada, también atendió la Circular 08/2020 de 15 de abril, emitida por el Tribunal Supremo de Justicia, relacionada a la aplicación con perspectiva de género y el test de proporcionalidad; consiguientemente, valoró la prueba presentada; no obstante, cuando solicitaron al Ministerio Público requerimiento para que el Secretario de ese Tribunal de Sentencia, "...guarde y tenga en custodia un pasaporte..." (sic), al no constituirse en nueva prueba, se desestimó la misma; así también en la primera audiencia de consideración de medidas cautelares, acompañó un pasaporte que tendría vigencia hasta la gestión 2021; sin embargo, en juicio oral, el tercero interesado señaló que viajó a EE.UU. en junio de 2015; lo que, implica que tendría otro "pasaporte con visa";
- c)** El Tribunal a quo, realizando una correcta valoración, señaló que los elementos supuestamente nuevos, fueron analizados en las Resoluciones "071/2017", "72/20" y "92/20"; por lo que, el ad quem no podría actuar de forma *ultra petita*, debiendo tomar en cuenta, lo previsto en el art. 233 numerales 1, 2 y 3 del CPP;
- d)** De igual forma, el movimiento migratorio no sería causal para generar convicción que el tercero interesado no se dará a la fuga; más bien, reconfirmó lo de su viaje a EE.UU.; además, el nombrado

tendría dos hijos con doble nacionalidad boliviano-española, así como facilidades para salir del país; considerando que en las fronteras sería difícil realizar un control estricto; en razón a ello, la presentación de una alerta migratoria señalando que "...si lo ven pasar por una frontera sea detenido..." (sic), no sería una causal que genere convicción, pudiendo "salir sin ser visto";

- e) El aludido Tribunal de Sentencia Penal Séptimo, hizo una relación en cuanto al art. 221 del CPP, respecto a la finalidad y alcance de la medida cautelar, efectuando un contraste y analizando que esa medida extrema sí era necesaria, al no contar con ningún elemento de convicción;
- f) Respecto a los llamados agravios que manifestó la contraparte, no presentaron nuevos elementos de convicción por dos motivos fundamentales; el primero, referente a un pasaporte original del tercero interesado que siempre cursó en obrados; y, a una certificación expedida por Secretaría del referido Tribunal, situación que no le impediría tramitar un nuevo pasaporte para realizar viajes al exterior;
- g) El mencionado Tribunal, realizó una diferenciación de lo que sería una alerta migratoria y los alcances de la misma, mencionando un proceso en investigación, cuando ya contaría con sentencia condenatoria; si bien, la defensa señaló que se habría realizado una relación de las resoluciones posteriores; empero, ellas se refirieron precisamente a los pedidos incesantes de cesación de la detención preventiva, que fueron negados; incumpliendo con el presupuesto de nuevos elementos que desvirtúen lo previsto en el art. 234.2 del CPP;
- h) Desde el punto de vista del análisis de derecho, la defensa técnica del tercero interesado señaló que no existiría una adecuada motivación; sin embargo, teniéndose en cuenta los hechos que fueron juzgados en ese proceso judicial, en todas las decisiones atendieron la validez de los derechos humanos y la perspectiva de género; es decir, los criterios de constitucionalización e interpretación de dichos derechos a favor de la víctima mujer, no sólo de la fallecida, sino de su hija menor de edad, y su madre adulta mayor; y,
- i) El Tribunal a quo no transgredió el principio de presunción de inocencia que rige hasta la ejecutoria de la sentencia, sino que en aplicación de los arts. 13 y 256 de la CPE, relacionados al control de convencionalidad, teniendo en cuenta la igualdad jerárquica de los derechos, realizó una ponderación valorando también la prueba, concluyendo en la no existencia de nuevos elementos, considerando que esa alerta migratoria sería una prueba nula de pleno derecho;

ya que, no se trata de nuevos actos investigativos, sino de un proceso judicial concluido, considerando el derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva y el principio *pro actione* que clamó durante todo este tiempo transcurrido; igualmente, de forma efectiva el tercero interesado tendría el derecho a recursos de impugnación; asimismo, en esa ponderación quedó claro que dichos derechos podrían restringirse sino se considera la proporcionalidad y con objetividad la debida diligencia, en estos casos en que prevalece la vida de las víctimas, -una menor de edad y una madre ante el fallecimiento de Claudia Andrea Aramayo Álvarez-; por lo que, solicitó se confirme la decisión del inferior.

De igual forma, se extraen los argumentos expuestos por el Fiscal de Materia, consistentes en:

- 1)** El Auto Interlocutorio 105/2020 emitido por el Tribunal de Sentencia Penal Séptimo de la Capital del departamento de La Paz, estaría acorde a los datos del proceso y se encontraría debidamente fundamentado; ya que, la parte solicitante de la cesación de la detención preventiva no pudo acreditar con prueba idónea su petición, conforme exige la norma procesal penal a partir del art. 239 núm. 1;
- 2)** Al margen de lo manifestado por la defensa técnica del tercero interesado, la mencionada Resolución no vulneró derecho alguno, y si bien se alegó el principio de presunción de inocencia, relacionado a que tendría que dictarse la ejecutoria de la sentencia, no sería menos cierto que existiría un fallo de primera instancia; y,
- 3)** La Resolución que fue objeto de apelación estaría enmarcada dentro de lo establecido en las normas procesales penales, solicitando se ratifique dicho fallo y se deniegue la apelación formulada por el tercero interesado.

Del mismo modo, el representante de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, intervino en la audiencia virtual de apelación, señalando que:

- i)** La defensa -ahora tercero interesado- cuestionó en varias oportunidades que, la resolución primigenia emitida en la gestión 2015, se habría pronunciado respecto a la capacidad económica del imputado para abandonar el país, pero dicha resolución no prohibió a otras autoridades judiciales, ampliar o emitir otros criterios como el de mantenerse oculto dentro de una ciudad o país; y,
- ii)** El tercero interesado activó el art. 239.1 del CPP, respecto a que concurrirían nuevos elementos para determinar otras medidas, el citado Auto Interlocutorio, indicó que una prohibición de salida, no podrá garantizar la permanencia del prenombrado en el país;

asimismo, cuestionó que el pasaporte estaría en custodia, y la licencia de conducir caducada; empero, se demostró que esos elementos podrían ser obtenidos realizando un simple trámite; solicitando se rechace la pretensión de la defensa.

Por su parte, el Auto de Vista 573/2020 -hoy cuestionado-, resolvió el recurso de apelación a favor del tercero interesado, disponiendo: "1. La detención domiciliaria que debe ser cumplido en su domicilio (...) que deberá ser verificado por un funcionario de apoyo jurisdiccional del Tribunal de origen, asimismo se autoriza al Ministerio Público y también a la parte víctima que en cualquier momento se pueda verificar su estancia que esté pernoctando en ese domicilio.

2. Arraigo...

3. Se determina una fianza económica en la suma de 50,000 bolivianos, mismos que deben ser empozados en el Departamento Financiero del Consejo de la Magistratura para posibles gastos de recaptura en caso de que se diere a la fuga.

4. Deberá concurrir ante el Ministerio Público a la firma del registro biométrico cada 15 días..." (sic); con base en los siguientes fundamentos:

- a)** "...una cesación a la detención preventiva al tenor del artículo 239.1 del Código de Procedimiento Penal el legislador señala que debe presentarse nuevos elementos de convicción que hagan ver que los motivos que fundaron la detención preventiva ya no concurren o que tornen conveniente su modificación por otra medida (...) la carga de la prueba corresponde a la parte solicitante..." (sic);
- b)** "...las medidas cautelares por su naturaleza instrumental solo tienden asegurar la presencia del imputado a todos los actos procesales que con motivo de la apertura de una causa como en el presente caso por el delito de feminicidio que ya se cuenta con una sentencia (...) eso no significa que el proceso haya acabado en su totalidad pues no existe una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, esa instrumentalidad al que me refiero es que no puede sustraerse durante la sustanciación del proceso hasta que exista la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; (...) toda medida cautelar es de naturaleza temporal y es variable (...) pueden ser modificados en cualquier momento conforme cambien las circunstancias" (sic);
- c)** "...es necesario tomar en cuenta el artículo 116 de la Constitución Política del Estado que establece la presunción de inocencia, esta situación se mantiene hasta entre tanto no exista una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que determine la responsabilidad y participación del hecho que ha sido objeto de

juicio como en el presente caso (...) todo ciudadano debe ser tratado como inocente en todo momento” (sic);

- d)** “...el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal donde el legislador claramente ha determinado en cuanto a la aplicación carácter restrictivo de una medida cautelar cuando señala: La aplicación de medidas cautelares (...) será excepcional. Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste. Es aquí donde la doctrina también desarrolla el principio de favorabilidad in dubio pro reo, también tomar en consideración el artículo 221 que establece la finalidad y el alcance de toda medida cautelar (...) debemos concretarnos específicamente el momento procesal en el que se encuentra el presente caso como ya se ha afirmado de que se tiene una sentencia (...) la averiguación de la verdad histórica de los hechos en esta etapa ya no estaría pendiente (...) aún falta la etapa de recursos de restringida y casación, entonces no estamos en el segundo punto, si no el de la aplicación de la ley (...) se debe garantizar precisamente que el imputado no pueda sustraerse a esa persecución penal que aún todavía continua hasta que exista una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, en cuyo caso la libertad de las personas en los derechos y garantías reconocidos por la Constitución deben ser considerados por parte de las autoridades jurisdiccionales” (sic);
- e)** “...la defensa ha manifestado que solo existe un riesgo procesal de fuga en 234.2, es decir las facilidades de salir del país o de mantenerse oculto; se ha hecho referencia a la Resolución N° 426/2020 de 20 de octubre que ha revocado en parte y se tiene como vigente persistente únicamente este riesgo procesal de fuga para el imputado, señala también que mediante Resolución N° 482/2015 de 20 de agosto de 2015 se habría determinado en los fundamentos de la existencia de este riesgo de fuga, y en esa oportunidad se ha considerado la situación o condición económica del imputado precisamente entre otros el pasaporte y la licencia de conducir que tendría el imputado y que la misma ha sufrido una modificación en este fundamento de la autoridad jurisdiccional mediante Auto de Vista 206/2015 emitido por la Sala Penal Primera y esa situación, condición detener suficientes recursos económicos que era el fundamento del juez a quo habría sido modificado y manteniéndose únicamente el fundamento de tener un pasaporte y una licencia de conducir, bajo esos parámetros que ya se han determinado con anterioridad es que se ha presentado nuevos elementos de convicción para demostrar que ya no concurre este riesgo de fuga del numeral 2 del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal...” (sic);

- f)** "...esos nuevos elementos de convicción refiere el requerimiento de fecha 16 de noviembre de 2020 dirigido al Secretario del Juzgado Séptimo de Sentencia para que se proceda a la custodia del pasaporte y se informe si el original se ha pedido algún desglose, y se encuentra en copia original bajo custodia del secretario y no hay ninguna solicitud de desglose y está en custodia de dicho funcionario de apoyo jurisdiccional y no ha sido considerado debidamente por la autoridad jurisdiccional..." (sic);
- g)** "...otro elemento de convicción señala que es el requerimiento fiscal de Migración para que se emita una alerta migratoria para que se pueda de esta manera resguardar en las fronteras que tiene nuestro país y también las salidas por vía aérea y vía terrestre menciona, y la Dirección de Migración emite un informe en sentido de que se ha procedido ya a su inscripción y la alerta migratoria correspondiente y la captura de visualización en caso de que pudiera salir por los puntos de salida que tiene nuestro país en los aeropuertos y por las fronteras terrestres que tiene salida hacia diferentes países, aspecto que tampoco ha sido considerado por la autoridad jurisdiccional; señala también que el fundamento del Tribunal aquo que se remite a la resolución primigenia y ya ha sido superado que en principio era la capacidad económica, ya no subsiste ese fundamento (...) se aparta de la resolución primigenia 92/2020, 74/2020, 071/2017 señala que tiene otro razonamiento que no han sido enervados, incluso por una cédula de identidad y tiene capacidad económica de haber recibido del exterior se pretende introducir nuevos fundamentos para que permanezca este riesgo procesal (...) no hay una correcta valoración de la alerta migratoria, no se toma en cuenta dicho elemento de prueba y lo considera nulo de pleno derecho, no explica por qué no tendría validez la alerta migratoria..." (sic);
- h)** "...en complementación y enmienda cuando se le ha pedido que tome en consideración la Resolución N° 206/2018 emitido por la Sala Penal Primera y dice se va a reparar este aspecto y se retira como fundamento, sin embargo dice que no se puede modificar el fondo de la decisión, considera que no existe una adecuada motivación y fundamentación al respecto que vulnera el artículo 124 del Código de Procedimiento Penal..." (sic);
- i)** "Revisada la resolución venida en grado de apelación la N° 105/2020 de fecha 20 de noviembre de 2020, en su considerando último ha hecho referencia a las resoluciones 482/2015 de 20 de agosto de 2015, dónde hace mención precisamente a la capacidad económica y suficiente necesario para realizar viajes al exterior que era el fundamento de la resolución primigenia, dice empero en la presente audiencia la defensa del acusado a este aspecto no se ha pronunciado ni demostrado comprueba idónea y pertinente la no concurrencia de este riesgo

procesal, en el punto uno del último considerando, resolución que indudablemente carece de fundamentación, no se ha revisado la resolución, el auto de vista correspondiente que ha sido apelada la resolución primigenia la Resolución N° 482/2015 y se cuenta con el Auto de Vista N° 206/2015 de fecha 8 de octubre de 2015, donde en sus razonamientos ha excluido esa capacidad económica como fundamento para mantener el riesgo de fuga 234.2, por lo que no hay una correcta apreciación de las resoluciones primigenias y también del Auto de Vista mencionado emitido por la Sala Penal Primera en su momento..." (sic);

j) "...cuando se ha pedido la complementación , aclaración (...) si bien repara y levantar esa decisión que sustentaba el fondo de la decisión y precisamente el por tanto deviene de esa fundamentación, es decir, debería haber una enmienda precisamente si se está levantando este razonamiento que previamente ha señalado que esta capacidad económica no ha sido desvirtuado cuando en los hechos ya anteriormente la Sala Penal Primera ese fundamento ha sido descartado (...) encuentro una incongruencia, un defecto precisamente en la decisión de la autoridad jurisdiccional que ha originado el mismo Tribunal Séptimo de Sentencia al no revisar la resolución primigenia y la apelación correspondiente" (sic);

k) "...cuando se menciona sobre la custodia del secretario de esta documentación cómo es el pasaporte y la licencia de conducir que han sido tratados ya en otras resoluciones conforme manifiesta el Tribunal a quo, en este punto si tiene logicidad jurídica y razonabilidad, desde inicio se ha mencionado la existencia de ese pasaporte y también de una licencia de conducir que ya estuviese caduca, sin embargo, no encuentro un pronunciamiento específico, cuál es el valor que le está dando, ha habido un requerimiento fiscal con referencia a este aspecto de que el secretario tenga en su custodia y el secretario indudablemente ha informado de que está bajo su custodia esos elementos que ya se han señalado, cuál es el valor que se le da ese documento, es útil, es idóneo, es pertinente, a criterio de la autoridad judicial no es pertinente para enervar riesgos procesales, estamos plenamente de acuerdo, desde un inicio siempre ha existido esa documentación y que ha permanecido en cadena de custodia desde la investigación correspondiente hasta que se ha presentado la acusación formal y la autoridad jurisdiccional lo tiene en su poder, y lógicamente de acuerdo a la ley los secretarios con la documentación se encuentran bajo custodia de esos elementos de prueba, pero con relación al razonamiento que efectúa más adelante (...) en esto considero que la autoridad jurisdiccional en sus razonamientos se ha excedido, cuando nos dice diseñará la capacidad económica aún todavía fundamenta la

capacidad económica en el punto uno ya ha sido considerado y el suscrito vocal también ha dado el criterio valorativo respecto a ese razonamiento que se tiene cuando el Tribunal Séptimo de Sentencia ha mencionado aún todavía en este punto 2 hace referencia a la capacidad económica que se ha advertido desde la resolución primigenia, sigue habiendo ese fundamento para sostener precisamente la existencia de este riesgo de obstaculización, y también hace mención referente a la posibilidad que pudiera tener de efectuar un trámite (...) ya está presumiendo la autoridad jurisdiccional que más adelante va a sacar duplicado, un nuevo documento que le permita salir del país, o sea tramitar el pasaporte, se está adelantando hacia el futuro (...) y también con relación a la salida del país no necesariamente tiene que ser al Reino de España, o sea ya está advirtiendo que este señor va a salir (...) ellos despertando el criterio que asumen qué pueden salir dice a otros países limítrofes a los cuales se ingresa con la sola presentación de la cédula de identidad o inclusive dice de forma ilegal, o sea una ilegalidad se está fundamentando, o sea una persona puede salir ilegalmente, a que nos está induciendo la autoridad jurisdiccional a quo, miembros del Tribunal Séptimo de Sentencia, que todos los ciudadanos vamos a salir por lugares ilegales cuando lo correcto es proteger la legalidad, todo ciudadanos si tiene que salir del país tiene que hacerlo por el conducto regular, por donde corresponda, somos hombres de derechos y tenemos que necesariamente de manera objetiva determinar de qué manera una persona va a salir si dice ilegalmente va salir entonces el Tribunal Séptimo de Sentencia debería señalar de qué forma y manera ilegalmente va salir, cuáles son esos puntos ilegales de salida a los cuales tiene acceso y facilidad el imputado que está detenido materialmente en un centro penitenciario y que si ha planificado esa situación para salir por un determinado lugar que es ilegal territorialmente hablando, sino por los puntos fronterizos dónde tiene migración tanto ambos países limítrofes que tenemos los países con los cuales nos rodean, no puede haber un criterio de carácter subjetivo y abstracto que determine una decisión de esta naturaleza que podamos salir por lugares ilegales, razonamiento que no tiene ningún sustento, un fundamento de carácter real objetivo" (sic);

- I) "...respecto a la alerta migratoria, la autoridad jurisdiccional cuando se refiere mediante requerimiento fiscal dice y la orden al Director General de Migración en sentido de que se ordena subir alerta migratoria al Sistema Nacional de Migración para que se pueda alertar en frontera terrestre, aeropuerto área, si William Khusner se queda alerta en caso de que se presentara pretendiendo dejar el país hasta que se emita ejecutoria de la sentencia; este Tribunal extraña dice y queda sorprendido por dicho requerimiento, el fundamento del requerimiento, en la parte inicial señala textual

encontrándose en proceso de investigación el presente caso con el fin de poder acumular elementos de convicción que puedan establecer la verdad histórica de los hechos en aplicación de los artículos 17 de la Ley del Ministerio Público y 136 y 218 del Código de Procedimiento Penal, requiere esta primera parte entra en contradicción con la orden de fondo, lo cual explica hasta que se emita la sentencia condenatoria ejecutoriada, también entra en contradicción con la realidad con los hechos, en el presente caso no nos encontramos en etapa de investigación, ya nos encontramos en una sentencia condenatoria y lo que entiende el tribunal las disposiciones que están establecidas para este orden es que se trataría de actos de investigación, el Tribunal no toma en cuenta esta prueba que no solamente contiene contradictorias, sino que es nula de pleno derecho" (sic);

- m)** "Frente a este razonamiento que ha sido cuestionado por la defensa, cuando un elemento de prueba es obtenido mediante requerimiento fiscal, es decir que se está cumpliendo con las formalidades de ley establecida es precisamente por nuestra normativa en el Código Adjetivo Penal, pues la prueba debe ser recabada de manera lícita artículo 13 del Código de Procedimiento Penal donde nos señala la legalidad de elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por medios ilícitos e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de la Constitución Política del Estado y nuestro código; y también es necesario tomar en cuenta el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal nos habla de la libertad probatoria, el juez admitirá como medios de prueba todos los elementos lícitos de convicción (...) Cuando se tenga que darle el valor positivo o negativo a un elemento de prueba, necesariamente entra en acción la capacidad intelectual que tiene el administrador de justicia, cuando señala y analiza de que el estado de la causa es que ya se cuenta con una sentencia y que la alerta migratoria señalaría que está en etapa de investigación y por ello entra en contradicción, este razonamiento como tal no está debidamente fundamentado y peor aún cuando dice que es nulo de pleno derecho (...) todo documento emitido por la autoridad pública, de una institución pública del Estado hace plena fe de acuerdo a las normas del Código Civil artículo 1282 y siguientes, y si se pretende demostrar, (...) máxime si es autoridad jurisdiccional la nulidad debe ser pronunciada mediante una decisión de la autoridad que conoce precisamente de que ese documento adolece de una nulidad ya sea absoluta o relativa, este termino de utilizar es nulo de pleno derecho no es sustentable, no se sustenta en ninguna disposición jurídica esta conclusión a la que llega, mientras no se demuestre lo contrario el informe emitido por migración que cursa a fojas 89 y 90 del presente legajo de apelación está firmado por el Director

General de Migración (...); es decir que las autoridades de la Dirección general de Migración del Ministerio de Gobierno ha procedido a registrar la alerta migratoria, y este es un nuevo elemento de prueba que demuestra que el imputado no puede abandonar el país ya sea por distintas razones de trabajo, de vacaciones, de visitar a su familia, etcétera, porque el derecho como tal que asiste a todo ciudadano no puede ser restringido (...) este elemento de prueba no ha sido debidamente compulsado, no ha sido debidamente valorado ni tampoco se ha utilizado el principio de favorabilidad que rige en materia penal, pues hace depender de una situación como si estuviese en proceso de investigación y que ese hecho sería contradictorio ya que se tiene sentencia y por ende este documento sería nulo de pleno derecho, razonamiento que no tiene logicidad jurídica y razonabilidad, si nosotros hipotéticamente, si cualquiera de las partes interpone recurso de apelación eventualmente el tribunal que vaya a conocer en grado de alzada determina y estoy hablando hipotéticamente y no estoy adelantando ningún criterio porque puede llegar a esta Sala, hipotéticamente determina anular la sentencia, de nuevo va a tener que volver a abrirse el juicio y en el juicio se investiga la verdad histórica de los hechos de la manera como han sucedido, por ello es que no encuentro la nulidad de este documento bajo el razonamiento de que ya no se está en fase de investigación..." (sic);

- ñ) "...el razonamiento de la autoridad a quo no tiene logicidad jurídica y razonabilidad al momento de determinar precisamente la improcedencia de la cesación a la detención preventiva y no ha sido correctamente valorado el elemento de prueba que ha sido puesto en consideración de la autoridad jurisdiccional como es ese informe de la Dirección de Migración, por lo que se ha quebrantado el artículo 173 del Código de Procedimiento Penal y consiguientemente el 124 del mismo adjetivo penal la debida fundamentación, motivación y el valor que se le debe otorgar a ese elemento de prueba, con este elemento de prueba fundamental es que se está aminorando precisamente esa posibilidad de fuga que pudiera ya expresado en la resolución primigenia donde se ha establecido la existencia de dos elementos de prueba que tienen que ver con la licencia de conducir y también con referencia al pasaporte, que estos dos elementos de prueba desde la resolución primigenia como advierto en la Resolución N° 482/2015 ha sido el sustento precisamente para mantener esta posibilidad de que pueda fugarse, es decir el pasaporte y esa licencia de conducir que tiene que siempre ha estado presente ya en la cadena de custodia y en las diferentes cesaciones a la detención preventiva se ha fundamentado en este aspecto, indudablemente no ha sufrido ninguna mutación, ningún cambio, al respecto sigue manteniéndose esa cadena de custodia con el aditamento de que solamente existe un informe de

parte del Secretario del Tribunal Séptimo de Sentencia quien tiene efectivamente en su custodia y que no ha sido desglosado por parte de la defensa, esto materialmente se encuentra en poder del Secretario, sin embargo de ello esto como tal como un elemento nuevo no se está estableciendo, por ello se está minimizando precisamente esa posibilidad de riesgo de fuga que pudiera tener el imputado" (sic);

o) "...en el presente caso en un solo riesgo procesal de fuga el art. 234.2 del Código Procedimiento Penal, esto es que tiene que ver con la posibilidad de que el imputado pueda salir del país o pueda mantenerse oculto; si hacemos una valoración integral de probabilidad de auditoría y riesgos procesales, ya el primer aspecto de probabilidad de autoría con la dictación de la sentencia ya se tiene certeza de que el imputado no solo con probabilidad sino que en este momento procesal sería autor de la comisión del delito de feminicidio..." (sic); y,

p) "...segundo aspecto con relación al riesgo procesal de fuga propiamente dicho, el mismo que has ido ya minimizado tomando consideración de que ya se encuentra inscrito la alerta migratoria en la Dirección de Migraciones conforme se evidencia por la prueba que ha sido adjuntada en cesación a la detención preventiva de fecha 20 de noviembre de 2020, en ese entendido si puede ser evitado este riesgo de fuga con otras medidas que también el legislador ha establecido en el artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, no olvidemos que la medida extrema de detención preventiva no es la única que garantiza la presencia del imputado en el proceso, sino también las otras medidas dispuestas por parte del legislador, en todo caso si el tribunal de sentencia considera necesaria la necesidad de seguir manteniendo la detención preventiva debe fundamentarse del porque las otras medidas dispuestas en el art. 231 bis no son idóneas para garantizar la presencia del imputado en el proceso, por ello este tribunal de alzada considera que la medida extrema como es la detención preventiva debe ser suplida por otras medidas que también son idóneas y tomando en consideración la ley 1173 en su artículo primero nos dice, que se debe evitar el abuso en la detención preventiva, considerando que se encuentra detenido más de 5 años (...) sin tener una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y esto también en consideración haciendo una ponderación entre el derecho que tiene la víctima de la tutela judicial efectiva que en este caso se ha cumplido ya al momento de dictarse la sentencia condenatoria en contra del imputado, el acceso a la justicia ya se ha considerado, ya se ha determinado en todo caso una sentencia y finalmente que toda medida cautelar debe causar menor perjuicio posible a los derechos fundamentales que tiene

toda persona, y es así que la segunda medida extrema cómo es la detención preventiva aun así afecta el derecho a la circulación de toda persona, por ello este Tribunal de Alzada considera que una medida idónea a disponerse está establecido en el artículo 231 bis del Código de Procedimiento Penal” (sic).

Los argumentos desarrollados y extraídos tanto de las contestaciones al recurso de apelación, como del Auto de Vista 573/2020, permitirán verificar previa contrastación, si los reclamos que planteó la peticionante de tutela en esta instancia constitucional, son ciertos; aclarando que, el objeto procesal se delimita al contenido del memorial de acción de amparo constitucional que fue ampliado en audiencia de garantías.

En ese sentido, se identificaron tres puntos álgidos que la impetrante de tutela expuso al Vocal demandado en la audiencia de apelación, que también fueron reclamados ante esta instancia constitucional como lesivos a sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, que serán desarrollados en los acápites siguientes:

Conforme se evidencia de la acción tutelar, **el primer acto lesivo** se relaciona a la falta de pronunciamiento de la autoridad judicial demandada, respecto al pasaporte, la licencia de conducir del país de España y el registro domiciliario del tercero interesado -imputado-, siendo que este último no habría sido acreditado, resultando inviable la otorgación de la detención domiciliaria sin custodios; asimismo, cuestionó que no se consideró sus argumentos respecto a los dos hijos del prenombrado, quienes gozan de doble nacionalidad boliviana-española; concluyendo que, por esas razones aquel pudiera abandonar el país con absoluta facilidad.

Similares argumentos expuso la accionante en la audiencia de apelación, alegando que, en la primera audiencia de consideración de medidas cautelares, el tercero interesado presentó el pasaporte que pretendería introducir como elemento nuevo, e incluso habría viajado a EE.UU., presumiendo que por ello, también tiene visa; en consecuencia, la prenombrada concluyó que la certificación emitida por el Secretario del Tribunal de Sentencia Penal Séptimo de la Capital del departamento de La Paz, que informó sobre la custodia de dicho documento, no puede constituirse en nueva prueba.

Remitiéndonos al cuestionado Auto de Vista -573/2020-, sobre el punto anterior, el Vocal demandado sostuvo que los documentos antes referidos se encuentran en custodia del Secretario del aludido Tribunal de Sentencia Penal Séptimo, los cuales fueron “tratados” en otras resoluciones, pero “...no encuentr[a] un pronunciamiento específico, cuál es el valor que le está dando...” (sic), e incidió en la falta de

apreciación de dicha prueba por parte del referido Tribunal a quo, pese a reconocer que "...desde un inicio siempre ha existido esa documentación..." (sic).

Del acápite que antecede, se evidencia que la autoridad demandada incurrió en incongruencia al momento de afirmar que la licencia de conducir y el pasaporte, fueron valorados en la resolución primigenia que dispuso la aplicación de la medida extrema al tercero interesado; sin embargo, cuestionó la actividad desarrollada por el Tribunal a quo, por no asignarle un valor a esa misma prueba; es decir, que pretendió la revalorización de los elementos presentados por el supra citado, los cuales también fueron objeto de la certificación del Secretario del citado Tribunal, quien informó que se encuentran bajo su custodia; en consecuencia, las circunstancias descritas convergen en la arbitrariedad del razonamiento desplegado por la autoridad demandada, quien de forma incoherente justificó la desestimación de la decisión del mencionado Tribunal de Sentencia Penal Séptimo; sumado a ello, tampoco respaldó esos argumentos en fundamentos normativos ni razones lógicas que permitan generar certeza jurídica en los sujetos procesales, conculcando así el derecho al debido proceso en sus elementos de congruencia, fundamentación y motivación.

El **segundo acto lesivo** que se extrae en esta demanda constitucional, recae en la alerta migratoria que presentó el entonces acusado como nuevo elemento de convicción a fin de enervar el riesgo procesal 234.2 del CPP; al respecto, la peticionante de tutela en audiencia de garantías señaló que, dicha prueba es insuficiente por no estar legislada ni en la Ley de Migración, pues sólo forma parte de un convenio interinstitucional suscrito entre la Fiscalía General del Estado y la DIGEMIG con el objeto de asegurar la averiguación de la verdad; por lo que, el Vocal demandado le dio un valor diferente al que en realidad ostenta, afectando con ello, su derecho al debido proceso en su vertiente de valoración de la prueba y verdad material; de igual forma, manifestó que cuando se trata de feminicidios resulta obligatorio que los juzgadores apliquen lo ordenado por el Acuerdo de Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia 126/2016 de 22 de noviembre, que es el protocolo para juzgar con perspectiva de género, así como el Acuerdo 193/2016 de 16 de noviembre, del Consejo de la Magistratura y su Circular 08/2016 que obliga a las autoridades judiciales a aplicar el test de convencionalidad.

Bajo ese mismo parámetro, en su intervención en la audiencia de apelación, sobre la alerta migratoria indicó que esta no sería causal para generar convicción que el acusado no se dará a la fuga; en todo caso, reconfirmó que el prenombrado viajó a EE.UU., incidiendo que en frontera es difícil realizar un control estricto para evitar que el supra citado salga del país sin ser detenido; asimismo, afirmó que el Tribunal

a quo efectuó una diferenciación de lo que implica dicho actuado y sus alcances; además, en su contenido advirtió que se trataría de un proceso en investigación, cuando en los hechos ya tiene sentencia condenatoria; es decir, deviene de un proceso judicial concluido; por esas razones, el precitado Tribunal manifestó que aquella prueba sería nula de pleno derecho, tomando en cuenta el derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva -o acceso a la justicia- y al principio *pro actione*; en ese orden, la accionante también sostuvo que el referido Tribunal aplicó la perspectiva de género y el test de proporcionalidad, conforme a lo instruido en la Circular 08/2020 de 15 de abril, emitida por el Tribunal Supremo de Justicia.

Al respecto, el Vocal demandado a través de la Resolución 573/2020 manifestó que, el razonamiento del Tribunal a quo, sobre la contradicción que tendría la alerta migratoria en su contenido, por señalar que el proceso se encuentra en etapa de investigación cuando ya cuenta con un fallo de primera instancia, resultando por ello, nulo de pleno derecho, es un argumento indebidamente fundamentado, carente de logicidad jurídica y razonabilidad; porque la nulidad sólo puede ser declarada por autoridad competente conforme estipula el art. 1282 del CC; en todo caso, -entiende- que el informe emitido por la DIGEMIG, que pone a conocimiento el registro de dicha alerta migratoria, es un elemento de convicción que debió ser valorado por el inferior en grado, ya que demostró "...que el imputado no puede abandonar el país ya sea por distintas razones de trabajo, de vacaciones, de visitar a su familia etcétera, porque el derecho como tal que asiste a todo ciudadano no puede ser restringido (...) este elemento de prueba fundamental es que se está aminorando precisamente esa posibilidad de fuga..." (sic); bajo esa explicación, la autoridad judicial hoy demandada concluyó que, esa prueba no fue compulsada ni se aplicó el principio de favorabilidad que rige en materia penal; además, la medida extrema no es la única que garantiza la presencia del tercero interesado -imputado- en el proceso, debiendo evitarse el abuso de la detención preventiva, como ocurrió en el presente caso, ya que el aludido se encuentra privado de libertad por más de cinco años.

Ahora bien, verificado que lo reclamado en esta acción de defensa, previamente fue planteado ante las autoridades jurisdiccionales, que sustancian la causa penal, corresponde analizar el segundo agravio que reclamó la impetrante de tutela; en virtud a ello, se evidencia que el Vocal demandado desplegó fundamentación normativa y motivación que permitió comprender las razones por las cuales concluyó que la alerta migratoria no puede tratarse de un documento nulo de pleno derecho, a diferencia de lo afirmado por el Tribunal a quo, instancia que no hubiese compulsado ni valorado la misma, inobservando el principio de favorabilidad.

De igual forma, manifestó que el informe emitido por el Director General de Migración se constituiría en un nuevo elemento de prueba que demostraría que el tercero interesado no puede abandonar el país, aminorándose esa posibilidad de fuga; sin embargo, el razonamiento efectuado por la autoridad demandada, no respondió a los cuestionamientos realizados por la peticionante de tutela, desplegados en su escrito de contestación al recurso de apelación; es decir, no se advierte razonamiento vinculado a establecer cuál es la regulación de la alerta migratoria, o si la norma en la que se sustenta también se fortalece con alguna línea jurisprudencial o doctrina que refuercen la aseveración realizada por el mencionado Vocal; de igual forma, tampoco expresó si en efecto, ese documento solo tiene base en un convenio interinstitucional suscrito entre la Fiscalía General del Estado y la DIGEMIG, o la importancia del mismo, para considerarlo como nueva prueba, generando certeza que su decisión es la correcta.

Bajo esa tesitura, tampoco se evidencia que la nombrada autoridad se hubiese pronunciado, al momento de valorar la prueba, sobre la aplicación del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, que requirió la impetrante de tutela; ciertamente, desde su implementación en el sistema de justicia penal, la adopción de medidas cautelares personales contempla una finalidad adicional que es la protección a la víctima, que se encuentra estipulado en el art. 86.13 de la Ley 348.

Por lo expuesto precedentemente, se deduce que el Vocal demandado, no contempló los argumentos explanados en el escrito de contestación al recurso de apelación presentado por la accionante, pese a que se encuentra en la obligación de circunscribirse a los extremos planteados por las partes procesales, máxime si se trata de un Tribunal de alzada, así lo entendió la jurisprudencia contenida en el Fundamento Jurídico III.2 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional; por lo que, corresponde en este punto, conceder la tutela pedida, al resultar cierto lo aseverado por la prenombrada.

El punto anterior se encuentra íntimamente vinculado al **tercer acto lesivo** identificado en esta acción de defensa, respecto a que la referida autoridad demandada no atendió los argumentos que manifestó en la contestación al recurso de apelación, haciendo también caso omiso a lo señalado por el Ministerio Público y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, restringiéndose sólo a lo manifestado por el tercero interesado -entonces apelante-.

Al respecto, se evidencia que el Auto de Vista cuestionado, en la parte de antecedentes, hizo constar la participación de todos los sujetos procesales, de la siguiente forma: "...habiéndose expuesto los fundamentos en calidad de agravios por parte de la defensa, también se ha escuchado la respuesta del Ministerio Público, de la Defensoría de la Niñez Adolescencia

y también de las víctimas..." (sic [subrayado añadido]); sin embargo, en los acápites siguientes, el Vocal demandado al momento de desplegar su actividad jurisdiccional, efectuó el análisis del recurso planteado, restringiéndose sólo a los extremos formulados por el recurrente, soslayando que, conforme a su competencia, debe circunscribirse a los cuestionamientos de todos los sujetos procesales sin omitir ninguno, manteniendo congruencia interna en su decisión, pues ello incumbe a la obligación que tienen los tribunales de apelación, respecto al cumplimiento de sus deberes esenciales que involucran el respeto a la igualdad procesal, al acceso a la justicia y al debido proceso, conforme ha desarrollado el Fundamento Jurídico III.1 de este fallo constitucional; correspondiendo en este punto, conceder la tutela impetrada por la vulneración al derecho al debido proceso en sus elementos fundamentación, motivación y congruencia, vinculado al principio de la seguridad jurídica.

Como resultado del análisis de la problemática planteada, se evidencia que la autoridad demandada incurrió en la dictación de una resolución carente de fundamentación, motivación y congruencia, vulnerando los derechos al debido proceso, a la tutela judicial efectivo o acceso a la justicia, vinculados al principio de seguridad jurídica; razones por las cuales resulta viable conceder la tutela impetrada; por lo que, corresponde dejar sin efecto el Auto de Vista 573/2020, debiendo dictarse una nueva resolución, tomando en cuenta que este Tribunal comparte la posición que la imposición de medidas cautelares, conforme al Código Adjetivo Penal y los estándares internacionales de derechos humanos, no es una regla sino una excepción; sin embargo, cuando existan riesgos procesales de fuga u obstaculización, deben ser aplicadas atendiendo el principio de proporcionalidad; en el caso concreto, siendo que se aplicó la medida extrema en contra del tercero interesado, quien solicitó la cesación de la misma, en un momento procesal en el que contaba con sentencia condenatoria, mereciendo la aquiescencia de la autoridad judicial demandada; resulta necesario que la decisión a ser emitida, tenga una sólida argumentación, contemplando en su fundamentación la observancia a la mencionada "finalidad adicional" que no sólo se restringe a los riesgos procesales, sino que alcanza a la protección de las víctimas indirectas del delito, en este caso, la madre e hija de la fallecida.

III.4. Otras consideraciones

Respecto a la remisión de obrados que les corresponde cumplir a los vocales constitucionales, tribunales y jueces de garantías ante este Tribunal, el art. 38 del Código Procesal Constitucional (CPCo), establece que: "La resolución y **antecedentes** de la Acción de Defensa se elevará de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de veinticuatro horas siguientes a la emisión de la resolución. El Auto de aclaración, enmienda o complementación, si lo hubiere, será elevado al

Tribunal Constitucional Plurinacional inmediatamente después de la notificación a las partes” (la negrilla es añadida).

No obstante, en el presente caso, Israel Ramiro Campero Méndez y René Oscar Delgado Ecos, Vocales de la Sala Constitucional Primera y Tercera, respectivamente, del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, inobservaron sus funciones de remitir todos los obrados necesarios y pertinentes dentro del plazo previsto en la citada norma, negligencia que causó la suspensión del término para la resolución de la presente causa, debiendo solicitar la información requerida en dos oportunidades debido al envío de documentación incompleta; razón por la cual, corresponde llamar la atención a los prenombrados y, en caso de reincidencia, se remitirán antecedentes a la instancia que corresponde en derecho a efectos consiguientes.

En consecuencia, la Sala Constitucional al haber **concedido en parte** la tutela impetrada, obró de forma parcialmente correcta.

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 187/2020 de 2 de diciembre, cursante de fs. 213 a 218 vta., pronunciada por la Sala Constitucional Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz; y en consecuencia:

- 1° CONCEDER en todo** la tutela solicitada, disponiendo dejar sin efecto el Auto de Vista 573/2020 de 26 de noviembre, debiendo el Vocal de la Sala Penal Segunda del referido Tribunal, emitir una nueva resolución conforme a los argumentos esgrimidos en el Fundamento Jurídico III.3 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional; y,
- 2° Llamar la atención** a Israel Ramiro Campero Méndez y René Oscar Delgado Ecos, Vocales de la Sala Constitucional Primera y Tercera respectivamente, del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, por las razones señaladas en el Fundamento Jurídico III.4 de este fallo constitucional.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.

MSc. Brigida Celia Vargas Barañado
MAGISTRADA

MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano
MAGISTRADO

