

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1020/2010-R

Sucre, 23 de agosto de 2010

Expediente: 2007-16310-33-RAC

Distrito: Oruro

Magistrado Relator: Dr. Ernesto Félix Mur

En revisión la Resolución 01/2007 de 4 de julio, cursante de fs. 94 a 96, pronunciada por el Juez Cuarto de Partido en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial de Oruro, dentro del recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo constitucional, interpuesto por Jimena LLaveta Herrera contra Teresa Severichz de Alessandri y Zenobio Calizaya Velásquez, Vocales de la Sala Penal Primera de la Corte Superior y Germán López Moya, Juez de Ejecución Penal, todos del mismo Distrito Judicial, alegando la vulneración de sus derechos a la vida, a la salud, a la familia, a la maternidad y a la petición, citando al efecto los arts. 7 incs. a) y h) y 193 de la Constitución Política del Estado abrogada (CPEabrg).

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso

Por memorial presentado el 21 de junio de 2007, cursante de fs. 59 a 64, la recurrente expone los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

I.1.1. Hechos que motivan el recurso

Se encuentra recluida en el penal de San Pedro de la ciudad de Oruro; condenada a pena privativa de libertad de treinta años sin derecho a indulto; y al encontrarse en estado de gestación, conforme acredita por los certificados médicos, su embarazo es de alto riesgo; en virtud a lo cual, el 9 de abril de 2007, mediante memorial, solicitó al Juez de Ejecución Penal del Distrito Judicial de Oruro, se le conceda detención domiciliaria de acuerdo a lo previsto por los arts. 110 del Reglamento de Ejecución de Penas y 197 de la Ley de Ejecución Penal y Supervisión (LEPS), petición que fue rechazada mediante el Auto motivado 190/2007 de 24 de abril, con el fundamento de no haber cumplido con los requisitos exigidos por el art. 198 de la LEPS, puesto que se encontraba condenada sin derecho a indulto y no cumplió las dos quintas partes de su condena, Resolución que en apelación fue confirmada por los Vocales de la Sala Penal de la Corte Superior del referido Distrito Judicial, mediante Auto de Vista 21/2007 de 22 de mayo, agregando que su periodo de gestación debía ser objeto de asistencia y control médico especializado de acuerdo a los requerimientos exigidos al efecto, los cuales deben estar establecidos por el servicio médico del Centro Penitenciario de "San Pedro" de la citada ciudad.

Agrega que, las autoridades jurisdiccionales recurridas pusieron en riesgo la vida y salud de su hijo, teniendo presente que en una oportunidad no se le concedió permiso para internarse de emergencia por no contar con orden judicial, no obstante que es obligación del Estado su protección y la de su hijo; sin embargo, al negarle la detención domiciliaria solicitada, vulneraron sus derechos a la vida y a la petición.

I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

Señala la vulneración de sus derechos a la vida, a la salud, a la familia, a la maternidad y a la petición, citando al efecto los arts. 7 incs. a) y h) y 193 de la CPEabrg.

I.1.3. Autoridades correcurridas y petitorio

Con esos antecedentes, interpone recurso de amparo constitucional contra Teresa Severichz de Alessandri y Zenobio Calizaya Velásquez, Vocales de la Sala Penal Primera de la Corte Superior; y Germán López Moya, Juez de Ejecución Penal, todos del Distrito Judicial de Oruro; solicitando que sea declarado procedente y se disponga la concesión de la detención domiciliaria solicitada a su favor, en el día.

I.2. Audiencia y Resolución del Juez de garantías

Instalada la audiencia pública, a horas 10:30, del 4 de julio de 2007, conforme consta en el acta cursante de fs. 81 a 93, en presencia de la recurrente asistida de su abogada, de las autoridades recurridas Teresa Severichz de Alessandri, Germán López Moya y del representante del Ministerio Público; ausente el correcurrido vocal Zenobio Calizaya Velásquez, produciéndose los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación y ampliación del recurso

Los abogados de la recurrente, presentes en audiencia, ratificaron los fundamentos del memorial de demanda y los ampliaron señalando que la solicitud de detención domiciliaria era solamente por el periodo de gestación debido al serio riesgo en la vida y salud de su niño al tratarse de un embarazo de alto riesgo, puesto que en dos oportunidades se le presentó conato de aborto, por lo que requería de atención pronta y oportuna de un médico especialista.

Continúan manifestando que luego de la negativa a su petición, gracias a Dios, el niño nació vivo, pero todavía necesitaba un trato especializado y de un medio apto para su alimentación y desarrollo, por lo menos los primeros seis meses mientras dure la lactancia totalitaria, ya que dentro del recinto penitenciario no existen las condiciones de alimentación y salubridad requeridas.

I.2.2. Informe de las autoridades recurridas

El Vocal de la Sala Penal de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, Zenobio Calizaya Velásquez, en su informe cursante de fs. 75 a 77, expresó ser evidente que conoció la apelación interpuesta por la recurrente contra el Auto motivado dictado por el inferior, mediante el que se negó la detención domiciliaria solicitada, fallo que fue confirmado ante la evidencia de que no se ajustó a los requisitos exigidos por el procedimiento establecido en el art. 197 de la LEPS; esto es, el cumplimiento de las dos quintas partes de la condena, ya que se encuentra purgando una condena de treinta años de presidio sin derecho a indulto; por lo que, la negativa fue conforme a derecho, pues si bien la recurrente aludió en su demanda tener un embarazo de alto riesgo y que debe garantizarse la vida de un ser en gestación, no es menos cierto que existen normas expresas y concretas que regulan un determinado procedimiento, el mismo que debe cumplirse y en este caso se dio estricta aplicación al art. 167 de la LEPS. De otro lado, la recurrente afirmó que se quebrantaron sus derechos a la vida y a la salud tanto de ella como del ser en gestación, pero su relación de hechos y derechos es muy confusa ya que no explica si tal quebrantamiento debe entenderse a las amenazas de aborto anteriores, a la infección que tuvo o a la carencia de permiso por no existir orden judicial y en qué medida tales aspectos deben atribuirse a sus autoridades en calidad de jueces de alzada o de qué manera concurre la

supuesta vulneración; en cuanto el derecho a la familia y maternidad, se limitó a conceptualizar el tema, no señaló quiénes ni cómo quebrantaron tal derecho. Respecto al derecho de petición, tampoco aclaró de qué manera se vulneró, si mas bien obtuvo respuesta oportuna tanto del Juez de primera instancia como del Tribunal de alzada, sin que implique necesariamente obtener una respuesta positiva o favorable. Finalmente aclaró que no existe una relación acorde y adecuada entre el elemento fáctico y el normativo del recurso, ya que no señaló de manera clara de qué modo los derechos fundamentales que consigna hubieran sido vulnerados, lo que debió haber derivado en el rechazo in límine del recurso. Por lo expuesto solicitó que se declare improcedente el mismo.

La Vocal de la misma Sala, Teresa Severichz de Alessandri, en audiencia, agregó que en principio no debió admitirse este recurso por no haber cumplido con los requisitos establecidos en el art. 97 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC) y pasando al fondo del recurso interpuesto refirió que al asumir conocimiento del Auto apelado, analizaron tanto los puntos apelados como la Resolución impugnada, evidenciando que no se cumplió con la previsión del art. 167 de la LEPS, al haberle sido impuesta a la recurrente una condena de treinta años de presidio sin derecho a indulto; sin embargo, si requería de atención especializada la misma Ley de Ejecución Penal y Supervisión establece que el interno, previa autorización del Director puede solicitar permiso o autorización a ese objeto, eso es lo que debió hacer la recurrente, no siendo evidente que se le hubieran vulnerado sus derechos puesto que el Tribunal de alzada actuó de acuerdo a la ley, estableciendo que el inferior adecuó su fallo al ordenamiento adjetivo penal y a la citada Ley.

A continuación, el correcurrido, Juez de Ejecución Penal del Distrito Judicial de Oruro, en audiencia, manifestó que cuando la recurrente solicitó la detención domiciliaria había cumplido una condena de diez años y once meses y el art. 197 de la LEPS, refiere que las internas que se encuentren embarazadas de seis meses o más, podrán cumplir la condena impuesta en detención domiciliaria hasta noventa días después del alumbramiento; empero, el art. 168 de la misma Ley, expresa que el procedimiento para la autorización domiciliaria se regirá por lo dispuesto en el art. 167 de esa Ley, es decir, que para dar curso a la solicitud de la interna, debe cumplirse con algunas exigencias, entre ellas, no estar condenada por un delito que no permite indulto y que debe cumplirse al menos las dos quintas partes de la condena. En el presente caso, si bien se cumplieron los otros requisitos, los mencionados son concurrentes y no excluyentes para acceder a la detención domiciliaria. Su autoridad nunca vulneró ningún derecho constitucional de la recurrente, más bien se le atendió con los cuidados oportunos y sus salidas fueron viabilizadas conforme a ley, prueba de ello, es que su Resolución fue confirmada en grado de apelación.

I.2.3. Resolución

Concluida la audiencia, el Juez Cuarto de Partido en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial de Oruro, constituido en Juez de garantías, pronunció la Resolución 01/2007 de 4 de julio, cursante de fs. 94 a 96, por la que declaró improcedente el recurso, con los siguientes fundamentos: a) Las autoridades recurridas, al negar la solicitud de detención domiciliaria de la recurrente, actuaron conforme a ley aplicando correctamente los arts. 196 y 197 de la LEPS, relacionados con el art. 167 del mismo cuerpo legal, al no haber cumplido con los requisitos que hacen viable tal solicitud (pena de treinta años sin derecho a indulto y no cumplió las dos quintas partes de la condena); b) Con relación a los derechos a la vida y a la salud supuestamente vulnerados, pese a no haber sido precisados en la demanda, fueron analizados y se llegó a la conclusión que no fueron desconocidos, ya que nunca se le negaron

consultas, revisiones médicas ni permisos de salida; y, c) El derecho a la familia tampoco se lesionó, haciendo notar que la recurrente dio a luz a tres hijos durante su detención en el penal, menores que permanecieron junto a su madre.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

El expediente se recibió en el Tribunal Constitucional el 9 de julio de 2007; sin embargo, ante la renuncia de Magistrados en diciembre de ese año, se interrumpió la resolución de causas; por lo que en virtud a la designación de nuevas autoridades, por Acuerdo Jurisdiccional 001/2010 de 8 de marzo, el Pleno resolvió el reinicio de cómputos sorteándose la causa el 29 de junio de 2010, emitida la presente Sentencia dentro de plazo.

II. CONCLUSIONES

Del atento análisis y compulsas de los antecedentes que cursan en el cuaderno procesal, se establecen las siguientes conclusiones:

II.1. De la Resolución 65/06 de 24 de mayo de 2006 y del memorial presentado el 10 de abril de 2007, se desprende que Jimena LLaveta Herrera, fue condenada a treinta años de presidio sin derecho a indulto, por la comisión del delito de asesinato, condena que la cumple en el Centro Penitenciario "San Pedro" de la ciudad de Oruro; y ante su estado de seis meses de gestación, solicitó al Juez de Ejecución Penal del Distrito Judicial de Oruro, la concesión de detención domiciliaria por ser su embarazo de alto riesgo y requerir de atención médica especializada (fs. 33 a 36).

II.2. Del informe emitido por la Gerente Regional del Centro de Orientación Sexual y Reproductiva (CIES) Oruro de 23 de enero de 2007, se evidencia que Jimena LLaveta Herrera recibió atención médica en cuatro oportunidades, siendo internada la última vez bajo diagnóstico de embarazo de dieciséis semanas y amenaza de aborto y que su embarazo requiere cuidados especiales referidos a evitar esfuerzos y guardar reposo por ser de alto riesgo (fs. 2), aspectos corroborados por el informe ecográfico (fs. 4 a 6).

II.3. Mediante certificación del Director del Centro Penitenciario "San Pedro" de Oruro de 26 de marzo de 2007, se prueba que Jimena LLaveta Herrera ingresó a dicho Centro Penitenciario el 14 de mayo de 1996 por el delito de asesinato, siendo su tiempo de permanencia de diez años, diez meses y doce días (fs. 7).

II.4. Por Auto motivado 190/07 de 24 de abril de 2007, el Juez de Ejecución Penal del Distrito Judicial de Oruro, rechazó la solicitud de detención domiciliaria realizada por la recurrente por no haber cumplido con los requisitos señalados por el art. 167 de la LEPS, referidos a estar condenada a treinta años de presidio sin derecho a indulto y no haber cumplido las dos quintas partes de la condena impuesta (fs. 39 a 40), Resolución contra la que interpuso recurso de apelación incidental (fs. 45 a 47 vta.).

II.5. En resolución de la apelación incidental interpuesta por la recurrente, la Sala Penal de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, pronunció el Auto de Vista 21/2007 de 22 de mayo, declarándolo improcedente y deliberando en el fondo, confirmó el Auto motivado de 24 de abril de 2007 (fs. 53 a 54).

II.6. Por Auto 199/07 de 26 de abril de 2007, se constata que el Juez de Ejecución Penal del Distrito Judicial de Oruro, dispuso la internación de Jimena LLaveta Herrera en la segunda sección maternidad del hospital "Barrios Mineros"

por el tiempo de veinticuatro horas (fs. 78), asimismo, el 4 de junio de 2007 dispuso la salida de la referida interna a objeto de asistir a una consulta médica (fs. 79).

II.7. De las declaraciones de la recurrente, y de los informes de las autoridades jurisdiccionales recurridas, se evidencia que la hija de la misma nació con vida (fs. 81 a 93).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La recurrente, alega que las autoridades recurridas vulneraron sus derechos a la vida, a la salud, a la familia, a la maternidad y a la petición, puesto que se encuentra cumpliendo una condena de privación de libertad de treinta años sin derecho a indulto impuesta dentro en un fenecido proceso penal por la comisión del delito de asesinato y ante su estado de gestación de seis meses, el cual era de alto riesgo, solicitó se le conceda detención domiciliaria porque requiere de atención médica especializada y un ambiente con condiciones mínimas de salud e higiene; no obstante de haber presentado los certificados médicos que justifican su petitorio, el Juez de Ejecución Penal recurrido lo rechazó mediante Auto motivado. Apelada dicha Resolución, fue confirmada por los Vocales recurridos. Corresponde dilucidar si tales argumentos son evidentes y si constituyen actos ilegales lesivos a los derechos fundamentales de la recurrente, a fin de otorgar o denegar la tutela solicitada.

III.1. Sujeción de la actuación del Tribunal Constitucional a la Constitución Política del Estado vigente desde el 7 de febrero de 2009

Con carácter previo a ingresar al análisis de la problemática planteada en el presente recurso y en virtud a que el mismo fue presentado y resuelto por el Juez de garantías en vigencia de la Constitución Política del Estado ahora abrogada y al existir una nueva Ley Fundamental en plena vigencia, es necesario realizar algunas precisiones al respecto.

Las disposiciones de la Constitución Política del Estado, al ser la norma fundamental y fundamentadora de un Estado, son vinculantes para la conformación del sistema jurídico del país; en consecuencia, todas las normas inferiores deben adecuarse a lo prescrito por ella. Ahora bien, la Constitución promulgada y publicada el 7 de febrero de 2009, abrogó icial"entrarla Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas posteriores, determinando a su vez en su Disposición Final: "Esta Constitución aprobada en referéndum por el pueblo boliviano entrará en vigencia el día de su publicación en la Gaceta Oficial".

Al respecto, corresponde señalar que la Constitución, al ser reformada o sustituida por una nueva, mantiene su naturaleza jurídica, siendo ontológicamente la norma suprema y fundamental dentro de un Estado, por lo mismo en razón a su exclusiva naturaleza jurídica, su operatividad en el tiempo no es semejante a la de las normas ordinarias; en ese sentido, los preceptos de una Ley Fundamental al entrar en vigencia, deben ser aplicados de forma inmediata, aún en casos pendientes de resolución iniciados con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política que se está aplicando, pues los derechos fundamentales, garantías constitucionales y los principios contenidos en la Constitución Política, adquieren plena e inmediata eficacia al entrar ésta en vigor.

De acuerdo a las consideraciones efectuadas, y conforme al mandato consagrado por el art. 410 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), al ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y

gozar de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, toda actuación de este Tribunal a objeto de cumplir el mandato constitucional y las funciones establecidas por los arts. 1 y 7 de la LTC y 4 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, debe ser afín al nuevo orden constitucional en observancia y coherencia con los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el país y que forman parte del bloque de constitucionalidad. El referido entendimiento está acorde a lo previsto por el art. 6 de la Ley 003, que dispone que en la labor de resolución y liquidación de causas ingresadas hasta el 6 de febrero de 2009, el Tribunal Constitucional debe hacer prevalecer la primacía de la Constitución Política del Estado vigente.

Dentro de ese marco y considerando que la presente Sentencia es pronunciada en vigencia de la nueva Ley Suprema, se resuelve el caso concreto a la luz de las normas constitucionales actuales, sin dejar de mencionar las invocadas por la recurrente al momento de plantear el recurso.

III.2. Términos en la presente acción tutelar

Con relación a los sujetos que intervienen en la acción, el cambio en cuanto a la dimensión procesal de esta garantía, tiene incidencia directa en la terminología a utilizarse en cuanto a las partes procesales involucradas en las causas a ser resueltas, en ese contexto, la norma constitucional abrogada denominaba a las partes intervinientes, recurrente (s) y autoridad (es) recurrida (s), terminología que en la nueva dimensión procesal de esta garantía debe cambiar, motivo por el cual, la parte que hubo activado la tutela en vigencia de la anterior Constitución y cuya causa será resuelta por el Tribunal Constitucional en el marco del art. 4 de la Ley 003, deberá ser denominada "accionante", aclarando su carácter inicial de recurrente. Por su parte, la autoridad contra la cual se activó este mecanismo procesal-constitucional, deberá ser denominada "autoridad demandada"; en caso de tratarse de persona individual o colectiva será "demandada (o)", términos que se enmarcan a la nueva dimensión procesal de la acción de amparo constitucional.

En cuanto a la terminología utilizada en la parte dispositiva, en mérito a la configuración procesal prevista por el art. 129.IV de la CPE y a efectos de guardar coherencia en caso de otorgar la tutela se utilizará el término "conceder", caso contrario "denegar" la tutela. Al respecto, cabe acoger la aclaración efectuada en la SC 0071/2010-R de 3 de mayo, en cuanto a la denegatoria del recurso sin ingresar al análisis de la problemática de fondo, cuando establece: "No obstante, en resguardo de la previsión constitucional y a objeto de guardar armonía y no generar confusión con el uso de la terminología propia de la fase de admisión, corresponde en estos casos, 'denegar' la tutela solicitada con la aclaración de que: 'no se ingresó al análisis de fondo de la problemática planteada', dado que en estos casos el accionante puede nuevamente interponer la acción tutelar, siempre y cuando, cumpla con los requisitos de admisibilidad".

III.3. Marco normativo aplicable

El sistema penitenciario en el país se encuentra regido por la Ley de Ejecución Penal y Supervisión de 20 de diciembre de 2001, estableciéndose en su art. 142, que: "El régimen penitenciario está constituido por el conjunto de normas y medidas que buscan una convivencia ordenada y pacífica, destinada a crear el ambiente propicio para el tratamiento penitenciario, la retención y custodia

de los internos". Para el análisis del caso, es importante precisar la normativa aplicable dentro del sistema de ejecución de penas que concede a los condenados clasificados en el periodo de prueba, la posibilidad de solicitar al juez de ejecución penal una salida prolongada del recinto penitenciario donde cumplen su condena, hasta un plazo máximo de quince días, en ese sentido, el art. 167 de la LEPS, dispone que las salidas prolongadas sólo podrán concederse una vez por año, previo cumplimiento de ciertos requisitos, como son: 1) No estar condenado por delito que no permita indulto; 2) Haber cumplido por lo menos dos quintas partes de la pena impuesta; 3) No haber sido sancionado por faltas graves o muy graves en el último año; y, 4) Ofrecer dos garantes de presentación. Exigencias que deberán cumplirse de manera concurrente, de lo contrario, no es posible la concesión de este beneficio.

Complementario a ello, los arts. 196 y 197 de la LEPS, abarcan dos posibilidades de procedencia de la detención domiciliaria: i) Los condenados que hubieran cumplido la edad de sesenta años durante la ejecución de la condena, podrán cumplir el resto de la misma en detención domiciliaria, salvo aquellos que hubiesen sido condenados por delitos que no admitan indulto. Los condenados que padezcan de una enfermedad incurable, en período terminal, cumplirán el resto de la condena en detención domiciliaria; y, ii) Las internas que se encuentren embarazadas de seis meses o más, podrán cumplir la condena impuesta en detención domiciliaria, hasta noventa días después del alumbramiento.

El art. 198 de la LEPS, prevé que aquella resolución que disponga el cumplimiento de la condena en detención domiciliaria impondrá las reglas de comportamiento y supervisión correspondientes; y, que el procedimiento al que estará sujeta la petición de detención domiciliaria se regirá por lo dispuesto en el art. 167 de la misma Ley, esto es, previo cumplimiento de los requisitos ya enunciados precedentemente.

III.4. Análisis del caso concreto

Ahora bien, de los antecedentes se puede verificar que la accionante se encuentra cumpliendo una condena de privación de libertad de treinta años sin derecho a indulto en el Centro Penitenciario de "San Pedro" de Oruro, por el delito de asesinato, y ante su estado de gravidez, el 10 de abril de 2007, solicitó al Juez de Ejecución Penal del Distrito Judicial de Oruro, detención domiciliaria en atención a que se encontraba de seis meses de embarazo, el que fue diagnosticado como de alto riesgo; petición que mediante Auto motivado 190/07 emitido el 24 del mismo mes y año, se rechazó con el fundamento de que: "...La impetrante ha sido condenada por ser autora del delito de ASESINATO, con una pena de 30 años de presidio, sin derecho a indulto..." (sic) y que: "...De acuerdo al cómputo de su condena, la impetrante a la fecha ha cumplido en el centro Penitenciario de San Pedro de esta ciudad, un tiempo de condena de 10 años, 11 Meses y 15 días" (sic), aspectos que evidencian que la interna recurrente no cumplió efectivamente con los dos primeros requisitos señalados por el art. 167 de la LEPS, y al ser ambos concurrentes, hacen inviable que se acceda a la detención domiciliaria solicitada. Fallo que en apelación incidental fue declarado improcedente por los Vocales de la Sala Penal Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, quienes por Auto de Vista 21/2007 de 22 de mayo, confirmaron el Auto motivado impugnado, con los mismos fundamentos, agregando que el Juez inferior no vulneró los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la apelante ni de su hijo en gestación.

Dicho de otro modo, si bien, de inicio, la situación se enmarcaba en la primera parte de lo preceptuado por el art. 197 de la LEPS, ante el estado de seis

meses de embarazo de la accionante y ser de alto riesgo, las condiciones exigidas por la última parte del art. 198 de la citada Ley, impiden la procedencia de la petición de detención domiciliaria; es decir, para considerar su solicitud, era imprescindible el cumplimiento de todos los requisitos contenidos en el art. 167 de la LEPS, y como se tiene dicho, del análisis de los antecedentes aparejados, se concluye que los dos primeros no se cumplieron porque de un lado, la condena impuesta es de treinta años sin derecho a indulto y de otro, hasta la fecha de emisión de la Resolución de rechazo, transcurrieron diez años, once meses y quince días de tiempo de presidio, lapso que no alcanza a las dos quintas partes de la condena, por lo tanto, la petición de detención domiciliaria, en definitiva era inviable. En consecuencia, las autoridades codemandadas, al emitir sus resoluciones actuaron correctamente, aplicando de manera integral las disposiciones legales que establecen las salidas prolongadas de los condenados clasificados en el periodo de prueba.

De lo mencionado, se desprende que los derechos a la vida, a la salud, a la familia y a la maternidad no fueron vulnerados por las autoridades codemandadas, no obstante el embarazo de alto riesgo. El Juez de Ejecución Penal demandado acreditó que en diversas oportunidades viabilizó los controles periódicos especializados a favor de la accionante, traducida en permisos de salida a ese objeto, hasta su internación en el hospital "Barrios Mineros", donde nació su pequeña hija.

III.5. Sobre el derecho de petición

En cuanto al derecho de petición, desarrollado por la jurisprudencia de este Tribunal en la SC 0189/2001-R de 7 de marzo, la definió como la: "...facultad o potestad que tiene toda persona para dirigirse, individual o colectivamente, ante las autoridades o funcionarios públicos, lo que supone el derecho a obtener una pronta resolución, ya que sin la posibilidad de exigir una respuesta rápida y oportuna carecería de efectividad el derecho. En consecuencia, el ejercicio del derecho supone que una vez planteada la petición, cualquiera sea el motivo de la misma, la persona adquiere el derecho de obtener pronta resolución, lo que significa que el Estado está obligado a resolver la petición. Sin embargo, el sentido de la decisión dependerá de las circunstancias de cada caso en particular y, en esa medida podrá ser positiva o negativa...

(...)

Por ello, no se entiende conculcado el derecho de petición cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa, pues la respuesta representa en sí misma, independientemente del sentido que tenga, la satisfacción del derecho de petición", no puede considerarse como vulnerado, puesto que las solicitudes de la accionante se atendieron de manera oportuna, dentro de los plazos legales, cual consta por las Resoluciones emitidas y ahora cuestionadas, las mismas que no obstante rechazaron la detención domiciliaria solicitada, como lo señala la jurisprudencia constitucional, este derecho no puede considerarse como conculcado cuando la autoridad ante quien se realizó la petición, la resolvió negativamente o de manera desfavorable para quien la solicita.

De todo lo expuesto, se concluye que el Juez de garantías, al haber declarado improcedente el amparo constitucional, ha evaluado correctamente los datos del proceso y las normas aplicables al mismo.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confieren los arts. 4 y 6 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público; 7 inc. 8) y 102.V de la LTC, en revisión, resuelve APROBAR la Resolución 01/2007 de 4 de julio, cursante de fs. 94 a 96, pronunciada por el Juez Cuarto de Partido en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial de Oruro; y en consecuencia, DENIEGA la tutela solicitada.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No intervienen los Magistrados Dr. Abigael Burgoa Ordóñez y Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés, por ser ambos de voto disidente.

Fdo. Dr. Juan Lanchipa Ponce
PRESIDENTE

Fdo. Dr. Ernesto Félix Mur
MAGISTRADO

Fdo. Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños
MAGISTRADA

VOTO DISIDENTE

Sucre, 19 de octubre de 2010

Sentencia:1020/2010-R de 23 de agosto

Expediente:2007-16310-33-RAC

Materia:Recurso de amparo constitucional

Partes: Jimena LLaveta Herrera contra Teresa Severichz de Alessandri y Zenobio Calizaya Velásquez, Vocales de la Sala Penal Primera de la Corte Superior y Germán López Moya, Juez de Ejecución Penal, todos del Distrito Judicial de Oruro

Distrito:Oruro

Magistrado: Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés

Dentro del plazo previsto en el art. 47.II de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), el suscrito Magistrado, expresa su disidencia con relación a la SC 1020/2010-R de 23 de agosto, de acuerdo a los siguientes argumentos:

I. La privación de libertad y las condiciones para su restricción

La Constitución Política del Estado vigente en el art. 23.I (CPE) reconoce el derecho a la libertad física o personal, al señalar que "Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. La libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites señalados por la ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica en la actuación de las instancias jurisdiccionales". El parágrafo III de dicha norma sostiene que "Nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por la ley. La ejecución del mandamiento requerirá que éste

emane de autoridad competente y que sea intimado por escrito".

Por su parte, los pactos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad (art. 410 de la CPE), señalan que el derecho a la libertad física sólo puede ser restringido por las causas establecidas por ley. Así, el art. 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas"; norma que se encuentra con similar texto en el art. 10.1 del Pacto internacional sobre Derechos Humanos.

Dichas normas establecen, entonces una garantía procesal (debe existir una ley formal) y material (los supuestos de detención deben estar previstos en la ley) para la privación de libertad. A contrario sensu, cuando la norma establece los casos en que procede la libertad -que fue inicialmente restringida legalmente- o la modificación del régimen de cumplimiento de la pena, o la adopción de otras medidas menos gravosas, una vez cumplidos los requisitos se debe dar inmediato cumplimiento a la norma, con la finalidad de no restringir la libertad indebidamente.

II. La pena privativa de libertad y su legitimación constitucional

Sobre el concepto de pena y su finalidad se han elaborado diferentes teorías, y en definitiva no existe unanimidad en torno a ese tema. Así, para las teorías absolutas de la pena, ésta es considerada un fin en sí mismo, en tanto que para las relativas, la pena está vinculada a necesidades de carácter social y, por tanto, tiene una función: preventiva general, positiva o negativa, y preventiva especial. Actualmente, se intenta dar una concepción mixta a la pena, señalando que ésta cumpliría diferentes funciones en los distintos momentos de su "vida".

La teoría absoluta de la pena, sostiene que ésta no se encuentra informada por criterios de utilidad social, y es una retribución por el delito cometido (punir, quia peccatum es). Para Kant, una vez que se ha establecido que el delincuente es merecedor de castigo, debe ser sancionado sin tomar en cuenta ponderaciones de prudencia; el merecimiento de la pena se encuentra asociado a la infracción de la ley, en consecuencia, debe ser impuesta "por imperativos de la razón, aunque su ejecución no sea necesaria para la convivencia social" (Cit. Percy García Caverio, "Acerca de la función de la pena", en XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y criminología, Guayaquil, 25, 26, 27 y 28 de octubre de 2005, Lima, Universidad de Guayaquil, Ara, 2005, p. 76).

Para Hegel, el delito es la negación del derecho, que debe ser restablecido con la pena: La pena, entonces, es una negación del delito y por ende, es la afirmación del derecho. La voluntad del autor, así, es negada por la imposición de la pena, afirmándose la racionalidad general del sistema jurídico, con independencia de las consecuencias empíricas que produzca la imposición de la pena.

Las teorías relativas de la pena sostienen que ésta debe cumplir necesariamente una función social, en la medida en que la existencia del Derecho Penal depende de la existencia de la sociedad y, por tanto, la necesidad de penar sólo puede determinarse si se atiende a los requerimientos de un sistema social concreto, evitando la comisión futura de delitos: punitur, ne peccetur.

Ya Grocio sostenía, a momento de argumentar sobre la justicia de la pena, que la naturaleza permite la imposición de un mal a quien ha cometido un mal, sin embargo, es necesario un fin legitimador para proteger la armonía fraternal de todos los seres humanos y tratar a otro con males (Günther Jakobs, "La pena estatal; significado y finalidad", en XVII Congreso Latinoamericano, IX

Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y criminología, Guayaquil, 25, 26, 27 y 28 de octubre de 2005, Lima, Universidad de Guayaquil, Ara, p. 15).

Las teorías relativas de la pena, fueron tomando cuerpo en los teóricos de la Ilustración. Para Hobbes, se debían omitir las penas inútiles y prohibir el castigo con otra intención que no fuera la mejora del autor o la dirección de otras personas; para Pufendorf, las normas debían imponer el orden por medio del temor a la pena, y para Beccaria, la pena debía consistir en un mal que prime sobre el provecho del delito (Ibid., p. 15). La idea central de estas teorías es buscar un fin legitimante a la pena, en la medida en que el carácter retributivo de ésta, si bien puede ser justo, no se condice con los "dictados de la recta razón" (Grocio), ni con las reglas de prudencia (Hobbes).

Dentro de las teorías relativas de la pena, se encuentra la teoría de la prevención general, según la cual, la pena se dirige a los ciudadanos que no han delinquido, con la finalidad que se motiven por las normas del derecho penal y no cometan hechos delictivos; existiendo dos variantes de esta teoría: la prevención general negativa y la prevención general positiva. De acuerdo a la primera, la pena es un mecanismo de intimidación a los ciudadanos, pues a través de ella éstos se motivan a no lesionar los bienes jurídicos protegidos. De acuerdo a la doctrina, la motivación mediante la intimidación puede verificarse en la norma penal y en la ejecución de la pena: De acuerdo a Feuerbach la pena se constituye en medio de inhibición psicológica para que las personas se abstengan de cometer un hecho delictivo, y conforme a Bentham, la disuasión de la pena debe ser observada durante su ejecución, lo que implica una instrumentalización de la persona para la consecución de fines estatales, la persona así, queda convertida en un medio para evitar la consumación de futuros delitos.

También dentro de las teorías relativas de la pena se encuentra la prevención general positiva. Welzel señalaba que dicha función debía ser entendida como "la verificación del derecho como orden ético" y sólo en forma secundaria se constituía en intimidación (Hans Welzel, Derecho penal alemán, Parte General, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 327). De acuerdo a la concepción de Welzel, la pena fortalece los valores éticos del Derecho y protege los bienes jurídicos, que vendría a ser la tarea del Derecho Penal.

Actualmente, dentro de la función preventiva general positiva, ha aparecido el planteamiento de Günther Jakobs, -aunque muchos autores prefieran hablar de una "función de reestabilización de la pena" (Percy García Caveró op. cit., p. 85)- según el cual la pena tiene la función de mantener la identidad normativa de la sociedad: refuerza la confianza en el sistema social en general y en el sistema penal en particular.

Dentro de las teorías relativas de la pena, se encuentra la prevención especial, y de acuerdo a ésta el fin de la pena es evitar que quien ha delinquido lo vuelva a hacer, a través de su corrección, rehabilitación, readaptación, etc. En rigor, es una teoría de la ejecución de la pena, pues es en esta etapa donde se aplican todos los medios correctivos para asegurar la "readaptación" del delincuente.

Grandes han sido las críticas a la función preventiva especial de la pena, particularmente el hecho de que se quiera resocializar al delincuente desde una institución cerrada y que se le quiera imponer un determinado esquema de valores, que vulneraría el ámbito del libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, actualmente ya no se hace referencia a las "teorías re" (rehabilitación, reeducación, reinserción, etc.) como las denominó críticamente Zaffaroni, sino a la educación, habilitación e inserción de los condenados en la sociedad, haciendo énfasis no en los defectos en la formación, educación o adaptación de quienes se encuentran privados de libertad, sino en la necesidad de otorgarles instrumentos dentro de los establecimientos penitenciarios que les permitan disminuir su vulnerabilidad al sistema penal una vez que estén en libertad.

Y es que en definitiva, como sostiene Zaffaroni, más allá de los fines que se quiera otorgar a la pena, a partir de la real operatividad del sistema penal, que a través de sus agencias selecciona a individuos de determinados grupos sociales, primero para dirigir su acción represiva hacia ellos hasta finalmente imponerles una pena, el verdadero poder del sistema penal se encuentra en el poder configurador y selectivo de las agencias ejecutivas, que elige unos pocos casos que luego son sometidos a la agencia judicial, que reduce su ámbito de poder a la imposición de una pena.

Para el limitado espacio de poder que tiene la agencia judicial, se han elaborado diferentes teorías que justifican la aplicación de la pena, otorgándole funciones preventivas que, en última instancia, intentan legitimar toda la actividad del sistema penal; sin embargo, por la misma operatividad de éste, las pretendidas funciones de la pena quedan deslegitimadas y, en consecuencia, la pena se reduce a un mero ejercicio del poder. En ese sentido, Zaffaroni habla de una teoría agnóstica de la pena (Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2005, op. cit., p. 55), pues parte de un desconocimiento de las funciones asignadas a ésta, y trata de reconducir el escaso poder que tiene la agencia judicial, cuando le son sometidos a su conocimiento los casos previamente seleccionados por las demás agencias del sistema penal, a "una estrategia reductora de violencia del sistema penal como objetivo inmediato [...]" (Eugenio Raúl Zaffaroni, La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica, En torno a la cuestión penal, Buenos Aires, Editorial B de f, 2005, p.. 109). Esta estrategia tendría que estar compuesta por los elementos pautadores del derecho penal, que partiría del reconocimiento de la pena como un hecho de poder, y buscaría la extensión de sus límites para reducir la violencia del hecho que no se puede eliminar o suprimir; en resumen, como lo expresa el mismo Zaffaroni, "la función que la agencia judicial desempeñaría dentro del sistema penal sería, sin duda, una función de contradicción limitativa del poder de las restantes agencias" (Ibid., p. 110), y para lograr esto el autor propone la reformulación de los enunciados de todos los principios del derecho penal de garantías, al ser útiles para limitar la intervención punitiva.

Conforme a lo anotado y más allá de los fines que doctrinalmente se quiera asignar a la pena, lo evidente es que su cumplimiento está limitado por las garantías previstas por la misma Constitución Política del Estado, y en la medida en que éstas sean observadas, la pena adquirirá legitimidad, pues su imposición estará pautada por el respeto a los derechos de las personas - fundamentalmente a su dignidad- los cuales deben ser controlados, en un primer momento, por el órgano judicial que, como bien sostiene Zaffaroni, debe limitar la intervención punitiva haciendo efectivos los derechos y garantías, y ante la ineficacia de esa vía, queda abierta la posibilidad de acudir a la justicia constitucional, que tiene como finalidad precautelarse el respecto y la vigencia de los mismos (art. 196.I de la CPE).

En ese ámbito, debe considerarse que la Constitución Política del Estado consagra la Sección IX del Capítulo Quinto del Título II a los derechos de las personas privadas de libertad, señalando en el art. 73.I que "Toda persona sometida a cualquier forma de privación de libertad será tratada con el debido respeto a la dignidad humana", y en el art. 74.I que "Es responsabilidad del Estado (...) velar por el respeto de sus derechos, y su retención y custodia en un ambiente adecuado, de acuerdo a la clasificación, naturaleza y gravedad del delito, así como la edad y el sexo de las personas retenidas."

Por su parte el art. 118.III de la CPE establece que "El cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos".

Conforme a dicha garantía jurisdiccional, las sanciones privativas de libertad

deben otorgar a los condenados los medios -en ejecución de la sentencia- para disminuir su vulnerabilidad al sistema penal, para que en libertad tengan los elementos necesarios para desenvolverse en sociedad, con respeto a sus derechos.

De acuerdo a las normas constitucionales citadas, en mérito al cumplimiento de la pena, no deben desconocerse los derechos previstos tanto en la Constitución como en las normas contenidas en pactos internacionales sobre derechos humanos, y, en ese sentido, tampoco se pueden desconocer las medidas previstas en las leyes de desarrollo -como la Ley de Ejecución Penal y Supervisión- que, precisamente concretizan los derechos contenidos en las normas del bloque de constitucionalidad.

Es importante mencionar, en este punto, a las Reglas para el Tratamiento de los Reclusos, y a los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, que si bien forman parte de los instrumentos internacionales no convencionales, éstos, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la SC 0061/2010-R de 27 de abril, "(...) tienen una importancia fundamental para la aplicación de las normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos y en la Constitución Política del Estado, pues se constituyen en las directrices para la interpretación de las mismas. En ese sentido todas las normas antes señaladas se encuentran enlazadas entre sí, debiendo ser entendidas de manera integral, acudiendo a los diferentes instrumentos internacionales para precisar los alcances y el contenido de los derechos y garantías".

Dicho Instrumento, en la categoría específica para condenados, establece, en la Regla 57, que "La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación".

Por otra parte, la Regla 58 establece que "El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo".

Por su parte, el Primero de los Principios para la protección de personas sometidas a cualquier tipo de prisión, señala que "Toda forma sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

III. El cumplimiento de las penas y la situación de la mujer embarazada
El tema de género, y concretamente los derechos de las mujeres, es transversal a la Constitución Política del Estado. Está presente no sólo en lenguaje utilizado por la Ley fundamental, sino también en los valores que sustentan el Estado (equidad social y de género en la participación), en los fines y funciones esenciales del Estado (construir una sociedad justa sin discriminación); en el reconocimiento a la participación de la mujeres en equivalencia de condiciones en la forma de gobierno (art. 11 de la CPE); en el reconocimiento del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación en razón de sexo e identidad de género (art. 14.II); en la mención especial con relación al derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica tanto en la familia como en la sociedad (art.15.II) y en la adopción -por parte del Estado- de medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional y toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana.

Cabe hacer notar que la Constitución promueve acciones positivas para garantizar el ejercicio de determinados derechos a las mujeres. Así, por ejemplo, en cuanto a los derechos políticos, el art. 26, luego de sostener que

todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente e en la formación, ejercicio y control del poder político, señala que "La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres". También gozan de protección especial en cuanto al derecho al trabajo, pues, además de establecer el art. 48.V que el Estado promoverá la incorporación de las mujeres al trabajo y garantizará la misma remuneración que a los hombres por un trabajo de igual valor, sostiene que las mujeres no podrán ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos, garantizándose la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo -y también de los progenitores- hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad.

Dentro del mismo ámbito de protección especial a la mujer, es importante hacer referencia a lo previsto en el art. 45.V de la CPE, que sostiene: "Las mujeres tienen derecho a la maternidad segura, con una visión y práctica intercultural; gozarán de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo, parto y en los periodos prenatal y postnatal".

Este especial reconocimiento de los derechos de las mujeres es un imperativo de la constatación de la desigualdad material que tiene en la sociedad, no sólo en Bolivia, sino también en el ámbito regional y mundial y en ese sentido existen Convenciones específicas sobre el tema. Así, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por Bolivia el 15 de setiembre de 1989, cuyo artículo 12.1., sobre los servicios a favor de la mujer en relación al embarazo, parto y periodo posterior, sostiene que los Estados Partes garantizarán dichos servicios, proporcionándolos de manera gratuita cuando fuere necesario, asegurándoles una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Dicha norma guarda coherencia con lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, que en el art. 10 referido a la protección de la familia, de las madres y los niños sostiene en el punto 2 que "Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social".

A dichas normas, debe agregarse el Quinto Principio para la Protección de personas sometidas a cualquier tipo de prisión, sostiene que "2. Las medidas que se apliquen con arreglo a la Ley que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad"

En el contexto normativo constitucional antes descrito, las leyes de desarrollo en materia penal, otorgan especial protección a la mujer embarazada. Así, el Código Penal, en el art. 58, modificado por la Ley 2298 con el siguiente texto "Artículo 58.- (DETENCIÓN DOMICILIARIA).- Cuando la pena no excediera de dos años, podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias".

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal, en el art. 232, al hacer referencia a la detención preventiva, señala en la parte in fine que "Tratándose de mujeres embarazadas y de madres durante la lactancia de hijos menores de un año, la detención preventiva sólo procederá cuando no exista ninguna posibilidad de aplicar otra medida alternativa".

En similar sentido protector, la Ley de Ejecución Penal y Supervisión determina que "Las internas que se encuentren embarazadas de seis meses o más podrán cumplir la condena impuesta en detención domiciliaria, hasta noventa días después del alumbramiento".

Ahora bien, el art. 198 de la Ley de Ejecución Penal y Supervisión (LEPS)

establece las condiciones para la detención domiciliaria, señalando: "La Resolución que disponga el cumplimiento de la condena en Detención Domiciliaria, impondrá las reglas de comportamiento y supervisión correspondientes.

El procedimiento para la autorización de la Detención Domiciliaria, se regirá por lo dispuesto en el Artículo 167 de la presente Ley".

Conforme se puede observar, al art. 198 de la LEPS no establece ningún requisito para que las mujeres embarazadas puedan cumplir su condena en detención domiciliaria, y si bien el art. 198 remite al art. 167 de la LEPS referido a las salidas prolongadas y los requisitos para obtener dicho beneficio; empero, debe aclararse que el art. 198 únicamente remite a esa norma a efectos del procedimiento para la autorización de la detención domiciliaria, lo que implica que sólo se aplica la primera parte de dicha norma y también, claro está, el art. 168 de la misma Ley que también hace referencia al procedimiento para la autorización.

La interpretación efectuada es coherente con los derechos de la mujer que se encuentra en estado de gestación y la especial protección que la Constitución y los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos le otorgan. En ese sentido, debe primar aquella interpretación que sea más favorable y extensiva para la persona, conforme al principio de favorabilidad y pro hómine.

Sobre el particular, es necesario hacer referencia a los principios que guían la interpretación de las normas sobre derechos humanos y que deben ser utilizados por los jueces constitucionales y por el Tribunal Constitucional, pues son éstos los que -con su interpretación- concretan y materializan las normas primarias -valores y principios- a casos reales, verificando si el acto denunciado de ilegal efectivamente ha lesionado los derechos y garantías del accionante. Para efectuar dicha labor, es imprescindible que el juez deba efectuar una correcta interpretación de la norma, estableciendo su sentido y alcances para aplicarla al caso concreto, tratando de encontrar la solución más justa.

La interpretación, para lograr esa finalidad, debe ser razonable y coherente y no librada a la arbitrariedad, por ello, como una garantía de la interpretación se han establecido diferentes métodos o criterios, cuya formulación inicial corresponde a Savigny, que estableció cuatro tipos de interpretación: gramatical, histórica, sistemática o de contexto y teleológica. A dichos métodos, Peter Häberle añade el de comparación constitucional, especialmente con relación a los derechos fundamentales y derechos humanos incorporados a nivel universal, regional y nacional, en mérito a la universalidad de los derechos, sin embargo, Häberle añade que las similitudes aparentes de los textos no pueden imponerse de manera fraudulenta sobre las diferencias que se deriven del contexto cultural de la Constitución analizada, pues desde una concepción plural, deben reconsiderarse los contenidos de los derechos recibidos por medio de la comparación jurídica en el contexto propio del sistema constitucional que los asume. En síntesis "Se trata de un proceso activo de recepción, de manera que la labor interpretativa es altamente productiva" (Peter Haberle, Interpretación Constitucional. Un Catálogo de Problemas, p. 11 y ss.).

Si bien los cuatro métodos de interpretación fueron desarrollados en otras ramas jurídicas; también pueden ser aplicados en el derecho constitucional: empero, en esta materia, debido a la norma fundamental que se interpreta, es indispensable que el juez constitucional además considere otros principios que guíen la interpretación que efectúa, fundamentalmente en el tema de los derechos fundamentales. Entre los principios de la interpretación constitucional, están los de unidad de la Constitución, de concordancia práctica o de equilibrio moderado y de interpretación conforme a la Constitución. De acuerdo a Peter Haberle, también debe considerarse como principio de

interpretación constitucional al de interpretación favorable a los derechos de la Ley fundamental, así como el derecho comparado, especialmente en el campo de los derechos fundamentales (Peter Haberle, Interpretación Constitucional. Un Catálogo de Problemas, pag.34 y ss).

La doctrina ha abordado ampliamente el tema de la interpretación de los derechos, y se ha establecido que su finalidad "(...) hacer justicia, esto es, encontrar la mejor de las soluciones posibles (...) (Humberto Uchua Carrasco El Derecho Procesal Constitucional Peruano Tomo 1 Pag. 427, Editorial Editora Jurídica Grijley. Lima - Perú 2005). En similar sentido, Gregorio Peces Barba, sostiene que de la indudable relevancia social e individual de los derechos, "(...) surgirá la exigencia de favorecer siempre y en todo caso de la mayor forma posible el contenido del derecho (...) (Peces-Barba Martínez, Gregorio. Lecciones de Derechos Fundamentales. Editorial Dykynson. Madrid - España 2004).

Néstor Pedro Sagués aporta a la doctrina el criterio de preferencia interpretativa, denominado por él como directriz de preferencia interpretativa, estableciendo que siempre debe buscarse el entendimiento que más optimice un derecho constitucional, basándose para ello en los principios de interpretación de los derechos como el pro hómine, interpretación progresiva, favor libertatis y favor debilis.

En ese contexto, para la interpretación de las normas constitucionales, si bien deben considerarse los criterios expresamente señalados en el art. 196.II de la CPE, como la voluntad del constituyente y el tenor literal del texto, deben tomarse en cuenta- fundamentalmente en la interpretación de derechos fundamentales- otras normas constitucionales que establecen el principio de interpretación conforme a los tratados internacionales, previsto en los arts. 13.IV y 256 de la CPE, normas que llevan implícitas el reconocimiento de los principios de favorabilidad y de progresividad.

Dichos criterios son propios de un Tribunal Constitucional que debe ser principista y garantista; la "interpretatio in peius" perfora la justicia constitucional y genera incertidumbre jurídica en el Estado Social de Derecho Plurinacional Comunitario; pues, debe entenderse que la búsqueda del supremo valor de la justicia, del ñandereko (art. 8.I CPE), orientada por la sensibilidad social y la voluntad de resguardar la dignidad del ser humano, son los factores que deben caracterizar al guardián de la CPE y garante de los derechos humanos.

Conforme a ello, debe considerarse como un criterio valioso para en materia de derechos y garantías, la interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos.

De acuerdo a la doctrina, "Cuando el Estado incorpora a su derecho interno el Derecho internacional de los Derechos Humanos, ese derecho interno ya no queda cerrado en la Constitución, sino coordinado y compatibilizado con el Derecho internacional" (CARPIO MARCOS, Edgar, La interpretación de los derechos fundamentales, Editorial Palestra, Lima-Perú, 2004, p. 130).

Esto significa, a decir de Antonio Cançado, que ya no se justifica "que el derecho internacional y el derecho constitucional sigan siendo abordados de forma estática o compartimentalizada" (CANÇADO TRINIDADE, Antonio, "Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos", Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 1998 p. 109), lo que significa

entonces que se deben interpretar las normas buscando un único sistema de derechos que sea armónico y congruente, donde, a decir de Edgar Carpio Marcos, adquieren mayor vigor los principios de optimización y de fuerza expansiva de los derechos humanos.

Este criterio de interpretación está previsto en los arts. 13.IV y 256 de la CPE. El primero de ellos sostiene que "Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalen en el orden interno. Los derechos reconocidos en la Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia".

El segundo, art. 256 de la CPE, señala:

"I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta".

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables".

Conforme a dichas normas, el tratamiento que la Constitución otorga a los derechos es unitario y dinámico: Unitario porque concibe como de manera integral a los derechos humanos y fundamentales, y dinámico, porque el catálogo de derechos siempre estará abierto, en constante evolución.

Este criterio de interpretación tiene diversas consecuencias y funciones, siendo la fundamental que el exegeta no puede arbitrariamente efectuar la interpretación de los derechos y sus garantías, sino que debe buscar el sentido de los mismos en las normas contenidas en Pactos Internacionales sobre derechos humanos. En ese ámbito, son relevantes las cláusulas de interpretación de los derechos que se encuentran contenidas en los tratados sobre derechos humanos, como el principio pro hómne.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen en sus arts. 5 y 29, respectivamente, el principio pro hómne como criterio de interpretación de las normas sobre Derechos Humanos. En virtud a este principio, el juzgador debe aplicar aquellas normas que resulten más favorables para la persona, para su libertad y sus derechos, cuando es el Estado, a través de sus autoridades o servidores públicos, quienes los lesionan. También implica que las normas sobre Derechos Humanos deben ser interpretadas en el sentido que más favorezca a la persona.

El principio pro hómne, por otra parte, está reconocido en los arts. 13.IV y 256 de la CPE, normas que -como se tiene señalado- expresamente prevén que se debe adoptar la interpretación más favorable para los derechos humanos.

En virtud a estos principios, la norma contenida en el art. 197 de la LEPS no puede ser interpretada de manera restrictiva; pues, de hacerlo se vulnerarían los derechos de la mujer y del ser en gestación, y también las normas constitucionales y los pactos internacionales sobre derechos humanos, que expresamente prevén -como se tiene señalado- una especial asistencia y

protección del Estado durante el embarazo, parto y en los periodos prenatal y postnatal.

IV. La SC 1020/2010-R de 23 de agosto que motiva la disidencia

-Problema jurídico planteado:

El recurso de amparo constitucional, ahora acción, fue presentado por Jimena Llaveta Herrera con el argumento que las autoridades judiciales lesionaron sus derechos a la vida, a la salud, a la familia, a la maternidad y a la petición, debido a que rechazaron su solicitud de concesión de detención domiciliaria, no obstante que se encontraba con un embarazo de seis meses, de alto riesgo, por lo que requería de atención médica especializada y un ambiente con condiciones mínimas de salud e higiene.

- Fundamentos y parte resolutive de la SC 1020/2010-R

La SC 1020/2010-R de 23 de agosto aprobó la Resolución del Juez de garantías y, en consecuencia, denegó la tutela solicitada, interpretando el art. 198 de la LEPS en sentido que la remisión al art. 167 de la misma Ley incluiría no sólo el procedimiento, sino también los requisitos señalados en esa norma para obtener las salidas prolongadas. Posteriormente, en el análisis del caso, se señala:

"(...) si bien, de inicio, la situación se enmarcaba en la primera parte de lo preceptuado por el art. 197 de la LEPS, ante el estado de seis meses de embarazo de la accionante y ser de alto riesgo, las condiciones exigidas por la última parte del art. 198 de la citada Ley, impide la procedencia de la petición de detención domiciliaria; es decir, para considerar su solicitud, era imprescindible el cumplimiento de todos los requisitos contenidos en el art. 167 de la LEPS, y como se tiene dicho, del análisis de los antecedentes aparejados, se concluye que los dos primeros no se cumplieron porque de un lado, la condena impuesta es de treinta años sin derecho a indulto y de otros, hasta la fecha de emisión de la Resolución de rechazo, transcurrieron diez años, once meses y quince días de tiempo de presidio, lapso que no alcanza a los dos quintas partes de la condena, por lo tanto, la petición de detención domiciliaria, en definitiva era inviable. En consecuencia, las autoridades codemandadas, al emitir sus resoluciones actuaron correctamente, aplicando de manera integral las disposiciones legales que establecen las salidas prolongadas de los condenados clasificados en el periodo de prueba"

-Fundamentos de la disidencia

El Magistrado que suscribe manifiesta su desacuerdo con el fundamento contenido en la SC 1020/2010-R de 23 de agosto, por los argumentos señalados en los puntos I, II y III de la presente disidencia, toda vez que la SC 1020/2010-R efectuó una interpretación restrictiva del art. 197 de la LEPS, estableciendo requisitos para la detención domiciliaria de las mujeres embarazadas, cuando dicha norma no los contempla, pues la finalidad de la misma es proteger a las mujeres que se encuentran, por su embarazo, en una situación desventajosa. En ese entendido, se reitera que la remisión al art. 167 de la LEPS únicamente está prevista a efecto del procedimiento para la autorización de la detención domiciliaria, y no para las condiciones previstas en esa norma.

Con la interpretación efectuada en la Sentencia que motiva la disidencia, no sólo se lesionan los derechos de la mujer embarazada, sino también del ser en

gestación, no obstante la protección constitucional y de los pactos internacionales sobre derechos humanos que han sido referidos ampliamente en los fundamentos precedentes.

Por otra parte, debe aclararse que, tratándose de mujeres embarazadas, la Ley de Ejecución Penal no limita las posibilidades de acogerse a la detención domiciliaria a las condenadas por un delito que no admita indulto, como sí lo hace, por ejemplo, el art. 196 de la LEPS que hace referencia a los condenados que hubieren cumplido 60 años de edad, donde expresamente se señala que no pueden acogerse a la detención domiciliaria "aquellos que hubiesen sido condenados por delitos que no admitan indulto".

Nótese que la limitación incluye únicamente al condenado de más de 60 años de edad; excluyendo claramente a la mujer embarazada que lleva un ser en gestación, cuyos derechos -sobre todo la vida- deben ser resguardados otorgando a la madre -aun provisionalmente- mejores condiciones durante los últimos meses de embarazo y hasta 90 días después del parto, con la finalidad de precautelar su vida, salud y la del ser en gestación.

Consiguientemente, la Sentencia que motiva la disidencia no podía fundarse en el hecho que la recurrente fue condenada por el delito de asesinato -delito que no admite indulto- por cuanto la autorización de la detención domiciliaria no está condicionada a determinado tipo de delitos.

Finalmente, corresponde señalar que si bien la problemática planteada en el presente amparo constitucional correspondía ser resuelta por el recurso de hábeas corpus, ahora acción de libertad, debido a que se encuentra vinculada íntimamente a la libertad física; empero, en mérito a los derechos alegados como lesionados tanto suyos como del ser en gestación (vida, salud, familia, maternidad), y en virtud al principio de prevalencia del derecho sustancial frente al derecho formal, correspondía excepcionalmente, otorgar la tutela por esos derechos y no denegar la tutela por no haberse presentado el recurso idóneo, debido a que esa solución implicaría demorar la concesión de la tutela ante una evidente lesión de derechos que merecía la tutela inmediata.

En ese sentido, este Tribunal, en la SC 0897/2010-R, sobre la base del principio de prevalencia del derecho sustancial, ha efectuado excepciones a aspecto procedimentales con la finalidad de dar protección al derecho, conforme a los siguientes argumentos:

"(...) la doctrina diferencia entre el derecho material, de fondo o sustantivo y el derecho formal, ritual o adjetivo; el primero, como su nombre lo indica, es sustancial pues consagra en abstracto los derechos; el segundo, establece la forma de la actividad jurisdiccional, cuya finalidad es la realización de tales derechos; es decir, se traduce en un medio que tienen los integrantes de una determinada sociedad para lograr la efectiva tutela de sus derechos. De ahí, el derecho formal tiene una naturaleza instrumental y adjetiva frente al derecho sustancial.

En ese contexto, la doctrina y la jurisprudencia comparada reconocen el denominado "principio de prevalencia del derecho sustancial", que se ha desarrollado ante la problemática emergente de la prevalencia de lo formal o lo material que tiene particular importancia en materia constitucional. Este principio ha tenido un profuso desarrollo en Colombia, donde se encuentra inclusive consagrado en el art. 228 de su Constitución Política que al respecto estipula que: "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial..."; en el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Colombiana a través de la Sentencia C1512/00 de 8 de noviembre de 2000, ha precisado que: "...La prevalencia del derecho sustancial, según el mandato del artículo 228 de la Carta, constituye un imperativo dentro del ordenamiento jurídico y, muy especialmente, en lo relativo a las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, pues permite realizar los fines estatales de protección y realización del derecho de las personas, así como de otorgar una verdadera garantía de acceso a la administración de justicia pronta y cumplida".

De acuerdo a la doctrina este principio supone que las formalidades no impidan el logro de los objetivos del derecho sustancial, por ello en virtud a él, siempre que el derecho sustancial se pueda cumplir a cabalidad, el incumplimiento o inobservancia de las formalidades no debe ser causal para que aquél no surta efecto. Siguiendo con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia glosada, se debe señalar que: "Lo anterior no significa que se pueda caer en el permanente error de considerar el principio de la primacía del derecho sustancial sobre el formal como un postulado constitucional excluyente que impide la coexistencia de las normas sustantivas y formales, pues, como se ha visto, con éstas se logra dar vigencia a principios que encuentran sustento constitucional".

El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, se desprende del valor supremo justicia, que es uno de los pilares fundamentales del Estado democrático de derecho y que se encuentra consagrado por el art. 8.II de la CPE, pues en mérito a éste los ciudadanos tienen derecho a la justicia material, así se ha plasmado en el art. 180.I de la Constitución Política del Estado que ha consagrado como uno de los principios de la justicia ordinaria el de "verdad material", debiendo enfatizarse que ese principio se hace extensivo a todas las jurisdicciones, y también a la justicia constitucional.

De este modo se debe entender que la garantía del debido proceso, con la que se especialmente se vincula el derecho formal no ha sido instituida para salvaguardar un ritualismo procesal estéril que no es un fin en si mismo, sino esencialmente para salvaguardar un orden justo que no es posible cuando, pese a la evidente lesión de derechos, prima la forma al fondo, pues a través del procedimiento se pretende lograr una finalidad más alta cual es la tutela efectiva de los derechos.

(...) A lo señalado debe añadirse que por la paralización del Tribunal Constitucional, la presente revisión se efectúa más de tres años después de emitida la Resolución del Tribunal de garantías que concedió la tutela solicitada y que por consiguiente surtió efectos dentro del caso concreto, que ahora, en el marco del principio pro actione y la ya señalada prevalencia del orden constitucional deben ser considerados, pues lo contrario implicaría que la labor de restaurar la armonía jurídica constitucional que tiene esta instancia, decante hacia el sentido opuesto al generar disfunciones procesales no deseadas.

En este sentido, debe considerarse que la Constitución Política del Estado vigente, en el art. 9.4, establece como fines y funciones esenciales del Estado, "Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución" (las negrillas son nuestras).

En coherencia con dicha norma, el art. 13.I de la CPE, establece que el Estado tiene el deber de promover, proteger y respetar los derechos.

El art. 115 de la CPE, reconoce el derecho de acceso a la justicia, haciendo hincapié en la protección oportuna y efectiva de los derechos e intereses legítimos, conforme al siguiente texto: "Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos".

Por otra parte, el art. 196, establece que: "El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales" (las negrillas nos corresponden).

De las normas glosadas, fundamentalmente del art. 9.4 de la CPE, se puede

concluir que, siendo uno de los fines del Estado garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Constitución, la administración de justicia tiene que regirse en base a principios que orienten la actividad del juez constitucional, haciendo efectiva dicha función, debiendo para ello, prevalecer - como se tiene dicho- el derecho sustancial respecto a las formalidades. Esta conclusión, por otra parte, es refrendada por el contenido del derecho de acceso a la justicia previsto en el art. 115 de la CPE, pues la norma constitucional establece que la protección de los jueces y tribunales respecto a sus derechos e intereses legítimos, debe ser oportuna y efectiva; de ahí, precisamente, la necesidad de orientar la labor del juzgador mediante principios que posibiliten la protección del derecho de manera efectiva, sin que las exigencias formales impidan su protección oportuna y efectiva; pues, no debe de olvidarse que uno de las finalidades de la justicia constitucional es precautelarse el respeto y la vigencia de derechos y garantías constitucionales". Por los argumentos señalados, el Magistrado que suscribe considera que debió otorgarse la tutela, sentando un precedente de interpretación favorable del art. 197 de la LEPS, con la aclaración que no obstante ser una problemática vinculada a la libertad física o personal, correspondía su análisis aplicando el principio de prevalencia del derecho sustancial respecto al formal.

Fdo. Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés
MAGISTRADO

VOTO DISIDENTE
Sucre, 19 de octubre de 2010

Sentencia:1020/2010-R de 23 de agosto
Expediente:2007-16310-33-RAC
Materia:Recurso de amparo constitucional
Partes: Jimena LLaveta Herrera contra Teresa Severichz de Alessandri y Zenobio Calizaya Velásquez, Vocales de la Sala Penal Primera de la Corte Superior y Germán López Moya, Juez de Ejecución Penal, todos del Distrito Judicial de Oruro.
Distrito:Oruro
Magistrado: Dr. Abigael Burgoa Ordoñez

El suscrito Magistrado, dentro del plazo previsto en el art. 47.II de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), expresa su disidencia con relación a la SC 1020/2010-R de 23 de agosto, de acuerdo a los siguientes argumentos:

I. El cumplimiento de las penas y la situación de la mujer embarazada
El tema de género, y concretamente los derechos de las mujeres, es transversal a la Constitución Política del Estado. Está presente no sólo en lenguaje utilizado por la Ley fundamental, sino también en los valores que sustentan el Estado (equidad social y de género en la participación), en los fines y funciones esenciales del Estado (construir una sociedad justa sin discriminación); en el reconocimiento a la participación de la mujeres en equivalencia de condiciones en la forma de gobierno (art. 11 de la CPE); en el reconocimiento del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación en razón de sexo e identidad de género (art. 14.II); en la mención especial con relación al derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica tanto en la familia como en la sociedad (art.15.II) y en la adopción -por parte del Estado- de medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional y toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana.

Cabe hacer notar que la Constitución promueve acciones positivas para garantizar el ejercicio de determinados derechos a las mujeres. Así, por

ejemplo, en cuanto a los derechos políticos, el art. 26, luego de sostener que todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, señala que "La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres". También gozan de protección especial en cuanto al derecho al trabajo, pues, además de establecer el art. 48.V que el Estado promoverá la incorporación de las mujeres al trabajo y garantizará la misma remuneración que a los hombres por un trabajo de igual valor, sostiene que las mujeres no podrán ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos, garantizándose la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo -y también de los progenitores- hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad.

Dentro del mismo ámbito de protección especial a la mujer, es importante hacer referencia a lo previsto en el art. 45.V de la CPE, que sostiene: "Las mujeres tienen derecho a la maternidad segura, con una visión y práctica intercultural; gozarán de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo, parto y en los periodos prenatal y postnatal".

Este especial reconocimiento de los derechos de las mujeres es un imperativo de la constatación de la desigualdad material que tiene en la sociedad, no sólo en Bolivia, sino también en el ámbito regional y mundial y en ese sentido existen Convenciones específicas sobre el tema. Así, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por Bolivia el 15 de setiembre de 1989, cuyo artículo 12.1., sobre los servicios a favor de la mujer en relación al embarazo, parto y periodo posterior, sostiene que los Estados Partes garantizarán dichos servicios, proporcionándolos de manera gratuita cuando fuere necesario, asegurándoles una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Dicha norma guarda coherencia con lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, que en el art. 10 referido a la protección de la familia, de las madres y los niños sostiene en el punto 2 que "Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social".

A dichas normas, debe agregarse el Quinto Principio para la Protección de personas sometidas a cualquier tipo de prisión, sostiene que "2. Las medidas que se apliquen con arreglo a la Ley que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad".

En el contexto normativo constitucional antes descrito, las leyes de desarrollo en materia penal, otorgan especial protección a la mujer embarazada. Así, el Código Penal, en el art. 58, modificado por la Ley 2298 con el siguiente texto "Artículo 58.- (DETENCIÓN DOMICILIARIA).- Cuando la pena no excediera de dos años, podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres y las personas mayores de sesenta años o valentudinarias".

Por su parte, el Código de procedimiento, en el art. 232, al hacer referencia a la detención preventiva, señala en la parte in fine que "Tratándose de mujeres embarazadas y de madres durante la lactancia de hijos menores de un año, la detención preventiva sólo procederá cuando no exista ninguna posibilidad de aplicar otra medida alternativa".

En similar sentido protector, Ley de Ejecución Penal y Supervisión (LEPS) determina que "Las internas que se encuentren embarazadas de seis meses o más podrán cumplir la condena impuesta en detención domiciliaria, hasta noventa días después del alumbramiento".

Ahora bien, el art. 198 de la LEPS establece las condiciones para la detención domiciliaria, señalando:

“La Resolución que disponga el cumplimiento de la condena en Detención Domiciliaria, impondrá las reglas de comportamiento y supervisión correspondientes.

El procedimiento para la autorización de la Detención Domiciliaria, se regirá por lo dispuesto en el Artículo 167 de la presente Ley”.

Conforme se puede observar, al art. 198 de la LEPS no establece ningún requisito para que las mujeres embarazadas puedan cumplir su condena en detención domiciliaria, y si bien el art. 198 remite al art. 167 de la LEPS referido a las salidas prolongadas y los requisitos para obtener dicho beneficio; empero, debe aclararse que el art. 198 únicamente remite a esa norma a efectos del procedimiento para la autorización de la detención domiciliaria, lo que implica que sólo se aplica la primera parte de dicha norma y también, claro está, el art. 168 de la misma Ley que también hace referencia al procedimiento para la autorización.

La interpretación efectuada es coherente con los derechos de la mujer que se encuentra en estado de gestación y la especial protección que la Constitución y los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos le otorgan. En ese sentido, debe primar aquella interpretación que sea más favorable y extensiva para la persona, conforme al principio de favorabilidad y pro homine.

Sobre el particular, es necesario hacer referencia a los principios que guían la interpretación de las normas sobre derechos humanos y que deben ser utilizados por los jueces constitucionales y por el Tribunal Constitucional, pues son éstos los que -con su interpretación- concretan y materializan las normas primarias -valores y principios- a casos reales, verificando si el acto denunciado de ilegal efectivamente ha lesionado los derechos y garantías del accionante. Para efectuar dicha labor, es imprescindible que el juez deba efectuar una correcta interpretación de la norma, estableciendo su sentido y alcances para aplicarla al caso concreto, tratando de encontrar la solución más justa.

La interpretación, para lograr esa finalidad, debe ser razonable y coherente y no librada a la arbitrariedad, por ello, como una garantía de la interpretación se han establecido diferentes métodos o criterios, cuya formulación inicial corresponde a Savigny, que estableció cuatro tipos de interpretación: gramatical, histórica, sistemática o de contexto y teleológica. A dichos métodos, Peter Häberle añade el de comparación constitucional, especialmente con relación a los derechos fundamentales y derechos humanos incorporados a nivel universal, regional y nacional, en mérito a la universalidad de los derechos, sin embargo, Häberle añade que las similitudes aparentes de los textos no se pueden imponer de manera fraudulenta sobre las diferencias que se deriven del contexto cultural de la Constitución analizada, pues desde una concepción plural, deben reconsiderarse los contenidos de los derechos recibidos por medio de la comparación jurídica en el contexto propio del sistema constitucional que los asume. En síntesis “Se trata de un proceso activo de recepción, de manera que la labor interpretativa es altamente productiva” (Peter Haberle, Interpretación Constitucional. Un Catálogo de Problemas, p. 11 y ss.).

Si bien los cuatro métodos de interpretación fueron desarrollados en otras ramas jurídicas; también pueden ser aplicados en el derecho constitucional: empero, en esta materia, debido a la norma fundamental que se interpreta, es indispensable que el juez constitucional además considere otros principios que guíen la interpretación que efectúa, fundamentalmente en el tema de los derechos fundamentales. Entre los principios de la interpretación constitucional, están los de unidad de la Constitución, de concordancia práctica

o de equilibrio moderado y de interpretación conforme a la Constitución. De acuerdo a Peter Haberle, también debe considerarse como principio de interpretación constitucional al de interpretación favorable a los derechos de la Ley fundamental, así como el derecho comparado, especialmente en el campo de los derechos fundamentales (Peter Haberle, Interpretación Constitucional. Un Catálogo de Problemas, pag.34 y ss).

La doctrina ha abordado ampliamente el tema de la interpretación de los derechos, y se ha establecido que su finalidad "(...) hacer justicia, esto es, encontrar la mejor de las soluciones posibles (...)" (Humberto Uchua Carrasco El Derecho Procesal Constitucional Peruano Tomo 1 Pag. 427, Editorial Editora Jurídica Grijley. Lima - Perú 2005). En similar sentido, Gregorio Peces Barba, sostiene que de la indudable relevancia social e individual de los derechos, "(...) surgirá la exigencia de favorecer siempre y en todo caso de la mayor forma posible el contenido del derecho (...)" (Peces-Barba Martínez, Gregorio. Lecciones de Derechos Fundamentales. Editorial Dykynson. Madrid - España 2004).

Néstor Pedro Sagués aporta a la doctrina el criterio de preferencia interpretativa, denominado por él como directriz de preferencia interpretativa, estableciendo que siempre debe buscarse el entendimiento que más optimice un derecho constitucional, basándose para ello en los principios de interpretación de los derechos como el pro homine, interpretación progresiva, favor libertatis y favor debilis.

En ese contexto, para la interpretación de las normas constitucionales, si bien deben considerarse los criterios expresamente señalados en el art. 196.II de la CPE, como la voluntad del constituyente y el tenor literal del texto, deben tomarse en cuenta- fundamentalmente en la interpretación de derechos fundamentales- otras normas constitucionales que establecen el principio de interpretación conforme a los tratados internacionales, previsto en los arts. 13.IV y 256 de la CPE, normas que llevan implícitas el reconocimiento de los principios de favorabilidad y de progresividad.

Dichos criterios son propios de un Tribunal Constitucional que debe ser principista y garantista; la "interpretatio in peius" perfora la justicia constitucional y genera incertidumbre jurídica en el Estado Social de Derecho Plurinacional Comunitario; pues, debe entenderse que la búsqueda del supremo valor de la justicia, del ñandereko (art. 8.I CPE), orientada por la sensibilidad social y la voluntad de resguardar la dignidad del ser humano, son los factores que deben caracterizar al guardián de la CPE y garante de los derechos humanos.

Conforme a ello, debe considerarse como un criterio valiosos para en materia de derechos y garantías, la interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos.

De acuerdo a la doctrina, "Cuando el Estado incorpora a su derecho interno el Derecho internacional de los Derechos Humanos, ese derecho interno ya no queda cerrado en la Constitución, sino coordinado y compatibilizado con el Derecho internacional" (CARPIO MARCOS, Edgar, La interpretación de los derechos fundamentales, Editorial Palestra, Lima-Perú, 2004, p. 130).

Esto significa, a decir de Antonio Cançado, que ya no se justifica "que el derecho internacional y el derecho constitucional sigan siendo abordados de forma estática o compartimentalizada" (CANÇADO TRINIDADE, Antonio, "Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos", Congreso Iberoamericano

de Derecho Constitucional, UNAM, México, 1998 p. 109), lo que significa entonces que se deben interpretar las normas buscando un único sistema de derechos que sea armónico y congruente, donde, a decir de Edgar Carpio Marcos, adquieren mayor vigor los principios de optimización y de fuerza expansiva de los derechos humanos.

Este criterio de interpretación está previsto en los arts. 13.IV y 256 de la CPE. El primero de ellos sostiene que "Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos reconocidos en la Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia".

El segundo, art. 256 de la CPE, señala:

"I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta".
II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables".

Conforme a dichas normas, el tratamiento que la Constitución otorga a los derechos es unitario y dinámico: Unitario porque concibe como de manera integral a los derechos humanos y fundamentales, y dinámico, porque el catálogo de derechos siempre estará abierto, en constante evolución.

Este criterio de interpretación tiene diversas consecuencias y funciones, siendo la fundamental que el exegeta no puede arbitrariamente efectuar la interpretación de los derechos y sus garantías, sino que debe buscar el sentido de los mismos en las normas contenidas en Pactos Internacionales sobre derechos humanos. En ese ámbito, son relevantes las cláusulas de interpretación de los derechos que se encuentran contenidas en los tratados sobre derechos humanos, como el principio pro homine.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen en sus arts. 5 y 29, respectivamente, el principio pro homine como criterio de interpretación de las normas sobre Derechos Humanos. En virtud a este principio, el juzgador debe aplicar aquellas normas que resulten más favorables para la persona, para su libertad y sus derechos, cuando es el Estado, a través de sus autoridades o servidores públicos, quienes los lesionan. También implica que las normas sobre Derechos Humanos deben ser interpretadas en el sentido que más favorezca a la persona.

El principio pro homine, por otra parte, está reconocido en los arts. 13.IV y 256 de la CPE, normas que -como se tiene señalado- expresamente prevén que se debe adoptar la interpretación más favorable para los derechos humanos.

En virtud a estos principios, la norma contenida en el art. 197 de la LEPS no puede ser interpretada de manera restrictiva; pues, de hacerlo se vulnerarían los derechos de la mujer y del ser en gestación, y también las normas constitucionales y los pactos internacionales sobre derechos humanos, que

expresamente prevén -como se tiene señalado- una especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo, parto y en los periodos prenatal y postnatal.

II. La SC 1020/2010-R de 23 de agosto

La SC 1020/2010-R de 23 de agosto aprobó la Resolución del Juez de garantías y, en consecuencia, denegó la tutela solicitada, interpretando el art. 198 de la LEPS en sentido que la remisión al art. 167 de la misma Ley incluiría no sólo el procedimiento, sino también los requisitos señalados en esa norma para obtener las salidas prolongadas. Posteriormente, en el análisis del caso, se señala:

“(…) si bien, de inicio, la situación se enmarcaba en la primera parte de lo preceptuado por el art. 197 de la LEPS, ante el estado de seis meses de embarazo de la accionante y ser de alto riesgo, las condiciones exigidas por la última parte del art. 198 de la citada Ley, impide la procedencia de la petición de detención domiciliaria; es decir, para considerar su solicitud, era imprescindible el cumplimiento de todos los requisitos contenidos en el art. 167 de la LEPS, y como se tiene dicho, del análisis de los antecedentes aparejados, se concluye que los dos primeros no se cumplieron porque de un lado, la condena impuesta es de treinta años sin derecho a indulto y de otros, hasta la fecha de emisión de la Resolución de rechazo, transcurrieron diez años, once meses y quince días de tiempo de presidio, lapso que no alcanza a los dos quintas partes de la condena, por lo tanto, la petición de detención domiciliaria, en definitiva era inviable. En consecuencia, las autoridades codemandadas, al emitir sus resoluciones actuaron correctamente, aplicando de manera integral las disposiciones legales que establecen las salidas prolongadas de los condenados clasificados en el periodo de prueba”

III. Posición del Magistrado disidente

El Magistrado que suscribe manifiesta su desacuerdo con el fundamento contenido en la SC 1020/2010-R de 23 de agosto, por los argumentos señalados en los puntos I, II y III de la presente disidencia, toda vez que la SC 1020/2010-R efectuó una interpretación restrictiva del art. 197 de la LEPS, estableciendo requisitos para la detención domiciliaria de las mujeres embarazadas, cuando dicha norma no los contempla, pues la finalidad de la misma es proteger a las mujeres que se encuentran, por su embarazo, en una situación desventajosa. En ese entendido, se reitera que la remisión al art. 167 de la LEPS únicamente está prevista a efecto del procedimiento para la autorización de la detención domiciliaria, y no para las condiciones previstas en esa norma.

Con la interpretación efectuada en la Sentencia que motiva la disidencia, no sólo se lesionan los derechos de la mujer embarazada, sino también del ser en gestación, no obstante la protección constitucional y de los pactos internacionales sobre derechos humanos que ha sido referidos ampliamente en los fundamentos precedentes.

Por otra parte, debe aclararse que, tratándose de mujeres embarazadas, la Ley de Ejecución Penal no limita las posibilidades de acogerse a la detención domiciliaria a las condenadas por un delito que no admita indulto, como sí lo hace, por ejemplo, el art. 196 de la LEPS que hace referencia a los condenados que hubieren cumplido 60 años de edad, donde expresamente se señala que no pueden acogerse a la detención domiciliaria “aquellos que hubiesen sido condenados por delitos que no admitan indulto”.

Nótese que la limitación incluye únicamente al condenado de más de 60 años de edad; excluyendo claramente a la mujer embarazada que lleva un ser en gestación, cuyos derechos -sobre todo la vida- deben ser resguardados otorgando a la madre -aun provisionalmente- mejores condiciones durante los últimos meses de embarazo y hasta 90 días después del parto, con la finalidad de precautelar su vida, salud y la del ser en gestación.

Consiguientemente, la Sentencia que motiva la disidencia no podía fundarse en el hecho que la recurrente fue condenada por el delito de asesinato -delito que no admite indulto- por cuanto la autorización de la detención domiciliaria no está condicionada a determinado tipo de delitos.

Finalmente, corresponde señalar que si bien la problemática planteada en el presente amparo constitucional correspondía ser resuelta por el recurso de hábeas corpus, ahora acción de libertad, debido a que se encuentra vinculada íntimamente a la libertad física; empero, en mérito a los derechos alegados como lesionados tanto suyos como del ser en gestación (vida, salud, familia, maternidad), y en virtud al principio de prevalencia del derecho sustancial frente al derecho formal, correspondía excepcionalmente, otorgar la tutela por esos derechos y no denegar la tutela por no haberse presentado el recurso idóneo, debido a que esa solución implicaría demorar la concesión de la tutela ante una evidente lesión de derechos que merecía la tutela inmediata.

En ese sentido, este Tribunal, en la SC 897/2010-R, sobre la base del principio de prevalencia del derecho sustancial, ha efectuado excepciones a aspecto procedimentales con la finalidad de dar protección al derecho, conforme a los siguientes argumentos:

"(...) la doctrina diferencia entre el derecho material, de fondo o sustantivo y el derecho formal, ritual o adjetivo; el primero, como su nombre lo indica, es sustancial pues consagra en abstracto los derechos; el segundo, establece la forma de la actividad jurisdiccional, cuya finalidad es la realización de tales derechos; es decir, se traduce en un medio que tienen los integrantes de una determinada sociedad para lograr la efectiva tutela de sus derechos. De ahí, el derecho formal tiene una naturaleza instrumental y adjetiva frente al derecho sustancial.

En ese contexto, la doctrina y la jurisprudencia comparada reconocen el denominado "principio de prevalencia del derecho sustancial", que se ha desarrollado ante la problemática emergente de la prevalencia de lo formal o lo material que tiene particular importancia en materia constitucional. Este principio ha tenido un profuso desarrollo en Colombia, donde se encuentra inclusive consagrado en el art. 228 de su Constitución Política que al respecto estipula que: "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial..."; en el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana a través de la Sentencia C1512/00 de 8 de noviembre de 2000, ha precisado que: "...La prevalencia del derecho sustancial, según el mandato del artículo 228 de la Carta, constituye un imperativo dentro del ordenamiento jurídico y, muy especialmente, en lo relativo a las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, pues permite realizar los fines estatales de protección y realización del derecho de las personas, así como de otorgar una verdadera garantía de acceso a la administración de justicia pronta y cumplida".

De acuerdo a la doctrina este principio supone que las formalidades no impidan el logro de los objetivos del derecho sustancial, por ello en virtud a él, siempre que el derecho sustancial se pueda cumplir a cabalidad, el incumplimiento o inobservancia de las formalidades no debe ser causal para que aquél no surta

efecto. Siguiendo con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia glosada, se debe señalar que: "Lo anterior no significa que se pueda caer en el permanente error de considerar el principio de la primacía del derecho sustancial sobre el formal como un postulado constitucional excluyente que impide la coexistencia de las normas sustantivas y formales, pues, como se ha visto, con éstas se logra dar vigencia a principios que encuentran sustento constitucional".

El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, se desprende del valor supremo justicia, que es uno de los pilares fundamentales del Estado democrático de derecho y que se encuentra consagrado por el art. 8.II de la CPE, pues en mérito a éste los ciudadanos tienen derecho a la justicia material, así se ha plasmado en el art. 180.I de la Constitución Política del Estado que ha consagrado como uno de los principios de la justicia ordinaria el de "verdad material", debiendo enfatizarse que ese principio se hace extensivo a todas las jurisdicciones, y también a la justicia constitucional.

De este modo se debe entender que la garantía del debido proceso, con la que se especialmente se vincula el derecho formal no ha sido instituida para salvaguardar un ritualismo procesal estéril que no es un fin en si mismo, sino esencialmente para salvaguardar un orden justo que no es posible cuando, pese a la evidente lesión de derechos, prima la forma al fondo, pues a través del procedimiento se pretende lograr una finalidad más alta cual es la tutela efectiva de los derechos.

(...)

A lo señalado debe añadirse que por la paralización del Tribunal Constitucional, la presente revisión se efectúa más de tres años después de emitida la Resolución del Tribunal de garantías que concedió la tutela solicitada y que por consiguiente surtió efectos dentro del caso concreto, que ahora, en el marco del principio pro actione y la ya señalada prevalencia del orden constitucional deben ser considerados, pues lo contrario implicaría que la labor de restaurar la armonía jurídica constitucional que tiene esta instancia, decante hacia el sentido opuesto al generar disfunciones procesales no deseadas.

En este sentido, debe considerarse que la Constitución Política del Estado vigente, en el art. 9.4, establece como fines y funciones esenciales del Estado, "Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución" (las negrillas son nuestras). En coherencia con dicha norma, el art. 13.I de la CPE, establece que el Estado tiene el deber de promover, proteger y respetar los derechos.

El art. 115 de la CPE, reconoce el derecho de acceso a la justicia, haciendo hincapié en la protección oportuna y efectiva de los derechos e intereses legítimos, conforme al siguiente texto: "Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos".

Por otra parte, el art. 196, establece que: "El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales" (las negrillas nos corresponden).

De las normas glosadas, fundamentalmente del art. 9.4 de la CPE, se puede concluir que, siendo uno de los fines del Estado garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Constitución, la administración de justicia tiene que regirse en base a principios que orienten la actividad del juez constitucional, haciendo efectiva dicha función, debiendo para ello, prevalecer - como se tiene dicho- el derecho sustancial respecto a las formalidades.

Esta conclusión, por otra parte, es refrendada por el contenido del derecho de acceso a la justicia previsto en el art. 115 de la CPE, pues la norma constitucional establece que la protección de los jueces y tribunales respecto a sus derechos e intereses legítimos, debe ser oportuna y efectiva; de ahí, precisamente, la necesidad de orientar la labor del juzgador mediante principios que posibiliten la protección del derecho de manera efectiva, sin que

las exigencias formales impidan su protección oportuna y efectiva; pues, no debe de olvidarse que uno de las finalidades de la justicia constitucional es precautelar el respeto y la vigencia de derechos y garantías constitucionales". Por los argumentos señalados, el Magistrado que suscribe considera que debió otorgarse la tutela, sentando un precedente de interpretación favorable del art. 197 de la LEPS, con la aclaración que no obstante ser una problemática vinculada a la libertad física o personal, correspondía su análisis aplicando el principio de prevalencia del derecho sustancial respecto al formal.

Dr. Abigael Burgoa Ordoñez
MAGISTRADO