



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL
SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1105/2016-S3
Sucre, 12 de octubre de 2016

SALA TERCERA

Magistrado Relator: Dr. Ruddy José Flores Monterrey
Acción de libertad

Expediente: 15873-2016-32-AL
Departamento: Santa Cruz

En revisión la Resolución 12 de 11 de julio de 2016, cursante de fs. 94 a 96, pronunciada dentro de la **acción de libertad** interpuesta por **Luis Esteban Loza Quaglini** en representación sin mandato de **Emerson Davinei Brito Sales** contra **Albania Chané Caballero Saavedra, Jueza de Instrucción Anticorrupción y contra la Violencia hacia la Mujer Primera de la Capital del departamento de Santa Cruz; Angélica Vallejos Arnés, Matilde Vaca Chávez y "Yolanda Castro"** -siendo lo correcto **Yovanna Germanía Castro Gutiérrez-, Fiscales de Materia; y, Patricia Velásquez Yaninque, funcionaria policial.**

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la demanda

Por memorial presentado el 8 de julio de 2016, cursante de fs. 2 a 7 vta., el accionante a través de su representante manifestó que:

I.1.1. Hechos que motivan la acción

A denuncia de Carola Valdivia Aguilar abuela de la menor NN, se inició un proceso penal en su contra por la presunta comisión del delito de violación en grado de tentativa, habiéndose procedido a su aprehensión el 30 de marzo de 2016, sin presencia del Fiscal de Materia ni contar con orden emitida por autoridad competente, por tanto se trata de una aprehensión ilegal, siendo entregado por la funcionaria policial hoy codemandada al investigador asignado al caso, a horas 13:15.

Contradictoriamente, en el acta de aprehensión se mencionó que fue aprehendido a horas 13:00 del 30 de marzo de 2016, en presencia de Matilde Vaca Chávez, Fiscal de Materia hoy codemandada, extremo que no coincide con el informe de

acción directa que sostiene que el investigador asignado al caso también estuvo presente en dicha aprehensión.

En el acta de declaración de la denunciante se identificó la presunta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente, en el que también señaló que la menor hubiese tenido relaciones sexuales con un compañero de básquet, por lo que en su caso se debió tener en cuenta tal extremo como existencia de duda razonable. Otro aspecto, es el certificado médico legal de 30 de marzo de 2016, en el que se estableció que la víctima no presenta lesión ginecológica alguna, razón por la que no existió violación.

No se le advirtió a momento de prestar su declaración informativa sobre el cambio de calificación del tipo penal, puesto que de los indicios recolectados en la investigación preliminar, como ser: el certificado médico legal y la entrevista psicológica fue por la presunta comisión del delito de violación en grado de tentativa; empero, se le sigue por abuso sexual, efectuándose la imputación formal el 30 de marzo de 2016 en la que no se fundamentó sobre el último delito, por lo que no concurre el art. 233.1 del Código de Procedimiento Penal (CPP).

En audiencia de aplicación de medida cautelar, las Fiscales de Materia hoy codemandadas sostuvieron la existencia de abuso sexual en base a la denuncia, al acta de aprehensión, certificado médico legal e informe entrevista psicológica, cuando los mismos fueron sobre la presunta comisión del delito de violación en grado de tentativa, extremo que constituiría procesamiento indebido, así como también su aprehensión sería ilegal.

Las Fiscales de Materia hoy codemandadas fundamentaron su solicitud de aplicación de medida cautelar de detención preventiva en su contra en base a la penetración o acceso carnal, pero se olvidaron que deberían concurrir las circunstancias y medios de violación; es decir, la violencia misma no existe en el caso de autos.

Además, la autoridad judicial ahora demandada vulneró el debido proceso y la presunción de inocencia, ya que no se puede tomar en cuenta una declaración prestada por el imputado cuando esa lo va a perjudicar, sosteniendo que no se acreditó el cumplimiento del art. 233 del CPP, familia ni domicilio. Asimismo, observó de ilegal el allanamiento efectuado a su domicilio, aspecto que tenía conocimiento la Jueza ahora demandada al señalar que no correspondía el acta de acción directa; empero, prolongó su detención ilegal, agravándola cuando no fundamentó el riesgo de fuga teniendo conocimiento que es estudiante, y se conocía su domicilio.

I.1.2. Derechos y garantía supuestamente vulnerados

El accionante a través de su representante considera lesionados sus derechos a la libertad, a la presunción de inocencia y al debido proceso, citando al efecto

los arts. 23.I y III, 24, 115.I y II, 116.I; y, 117.I de la Constitución Política del Estado (CPE).

I.1.3. Petitorio

Solicita se conceda la tutela, disponiendo **"LA RESTITUCIÓN DEL INDEBIDO PROCESAMIENTO"** (sic) y de su libertad, emitiendo en su favor mandamiento de libertad.

I.2. Audiencia y Resolución del Juez de garantías

Celebrada la audiencia pública el 11 de julio de 2016, según consta en el acta cursante de fs. 91 a 94, presentes la parte accionante, así como la Fiscal de Materia Matilde Vaca Chávez y ausentes las demás demandadas, se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación y ampliación de la acción

La parte accionante ratificó el contenido de su memorial de acción de libertad, y ampliándolo, señaló que: **a)** Coincide con la Jueza ahora demandada en el sentido de que existiría un recurso ordinario que constituye el medio idóneo, oportuno y eficaz, al cual no se recurrió frente a la decisión judicial; empero, ante la lesión de sus derechos interpuso la presente acción de defensa, tomando en cuenta que se puede plantear la misma en cualquier etapa del proceso, toda vez que hubo mala defensa técnica; y, **b)** Las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0860/2013 y 0212/2014 sostienen que ante la vulneración de los derechos se puede interponer directamente esta acción tutelar sin plantear el recurso de apelación.

I.2.2. Informe de las autoridades y funcionaria policial demandadas

Albania Chané Caballero Saavedra, Jueza de Instrucción Anticorrupción y contra la Violencia hacia la Mujer Primera de la Capital del departamento de Santa Cruz, mediante informe presentado el 11 de julio de 2016, cursante de fs. 24 a 25 vta., refirió que: **1)** El accionante si bien señaló como fundamento de su demanda el art. 125 de la CPE; sin embargo, no identificó en cuál de los tres supuestos de esa norma se enmarcaría su petición, no demostró la vulneración de su derecho a la vida o que su pretensión se encuentre sustentada en la SC "1864/2011-R"; **2)** No existe procesamiento indebido ya que hubo una denuncia penal puesta a conocimiento de las Fiscales de Materia ahora codemandadas, quienes dentro del término de ley informaron el inicio de investigación y presentaron imputación formal contra el accionante, habiéndose dispuesto su detención preventiva ante la existencia de los requisitos establecidos en los arts. 302 y 233 del CPP; **3)** El accionante olvidó que la calificación realizada por las Fiscales de Materia hoy codemandadas es provisional, tanto el delito de "violación sexual y abuso sexual" pertenecen al mismo género, consecuentemente se debe tomar en cuenta la SC "0007/2011-R"; **4)** La SC "1855/2011-R" estableció la improcedencia de la acción de libertad por su carácter subsidiario, por lo que ante la alegación de actos lesivos a la libertad dentro de un proceso se debe acudir ante la autoridad jurisdiccional que tramita la causa y

que tiene la dirección sobre su desarrollo, para que sea este el que la sustancie sin vicios y en cumplimiento de las leyes; **5)** La jurisdicción penal tiene su procedimiento ordinario el mismo que prevé las formalidades legales y los medios recursivos que deben ser agotados antes de la interposición de la acción de libertad, por lo que ante la Resolución que dispuso la detención preventiva, el accionante debió apelar conforme a la previsión del art. 251 del CPP; sin embargo, no lo hizo; en consecuencia, estaríamos frente a actos consentidos; y, **6)** Por lo expuesto solicito se deniegue la tutela impetrada.

Matilde Vaca Chávez, Fiscal de Materia, en audiencia, manifestó que: **i)** Carola Valdivia Aguilar presentó denuncia contra el accionante señalando que su nieta de 13 años de edad fue víctima, haciendo un detalle de los hechos; sin embargo, se debe tomar en cuenta que las personas que denuncian no son entendidas en leyes, siendo los Fiscales de Materia quienes califican los ilícitos denunciados, por lo que se investigó y el funcionario policial que recibe la denuncia con esos datos debe también observar la misma por eso existe una investigación abierta; **ii)** Existe un informe de acción directa a cargo de la funcionaria policial hoy codemandada, en el que se mencionó que estaba realizando patrullaje cuando recibió la llamada por radio a las 12:40 horas del 30 de marzo de 2016, cuando la prenombrada se dio cuenta de los hechos, por lo que la policía la tenía que proteger y actuar inmediatamente en apoyo porque se pedía ayuda, razón por la que intervino y procedieron a la aprehensión del accionante tomando en cuenta que era un delito flagrante, habiendo ocurrido el hecho el 29 de igual mes y año entre las 22:30 y 23:00 horas, acción que no fue tomada en cuenta por la Jueza ahora demandada; **iii)** Se tiene la declaración de la denunciante donde expresa de forma más clara el hecho; **iv)** La funcionaria policial hoy codemandada remitió al accionante ante la Fuerza Especial de Lucha Contra la Violencia (FELCV) dejando a cargo de Carlos Ricardo Vargas Lima, investigador asignado al caso, de lo que se advierte que este último no participó en la acción directa, sino fue el que recibió al nombrado en esas dependencias y realizó una papeleta de arresto que efectivamente hubo un error porque no era de arresto sino de aprehensión; sin embargo, en el tenor de la misma se evidencia que el accionante fue trasladado en calidad de aprehendido por la presunta comisión del delito de violación de infante, niña, niño o adolescente; **v)** El accionante vivía en un alojamiento, habiendo ingresado al mismo con permiso del portero, ya que es quien tiene acceso a la puerta principal; **vi)** La calificación efectuada en la imputación formal es provisional, debido a que el hecho está sujeto a investigación, puesto que si bien se recibió la denuncia por la presunta comisión del delito de violación en grado de tentativa durante la investigación se estableció que se adecua al tipo penal de abuso sexual tipificado en el art. 308 bis del Código Penal (CP), tomando en cuenta el certificado médico legal y la edad de la víctima, así no haya uso de fuerza o intimidación o se alegue su consentimiento, solo por el simple hecho de que la víctima es menor de 14 años, aspectos que fueron presentados a la Jueza ahora demandada quien emitió Resolución disponiendo la detención preventiva del accionante; **vii)** El nombrado desde el primer momento estuvo asistido de abogado, mismo que interpuso incidentes ante la autoridad judicial ahora demandada quien los resolvió; y, **viii)** Por lo expuesto solicitó se deniegue la tutela.

Angélica Vallejos Arnés y "Yolanda Castro" -siendo lo correcto Yovanna Germanía

Castro Gutiérrez-, Fiscales de Materia no asistieron a la audiencia de consideración de la presente acción de defensa ni remitieron informe alguno, pese a sus legales citaciones, cursantes de fs. 17 y 19.

Patricia Velásquez Yaninque, funcionaria policial no concurrió a la audiencia de consideración de esta acción de libertad ni remitió informe alguno pese a su legal citación, cursante a fs. 23.

I.2.3. Resolución

El Juez de Sentencia Penal Octavo de la Capital del departamento de Santa Cruz, constituido en Juez de garantías, por Resolución 12 de 11 de julio de 2016, cursante de fs. 94 a 96, **concedió en parte** la tutela solicitada, respecto a la aprehensión realizada por la funcionaria policial ahora codemandada, sin que ello implique disponer la libertad del accionante, en base a los siguientes argumentos: **a)** De antecedentes procesales se evidencia denuncia de 29 de marzo de 2016 a horas 22:00, informe de acción directa suscrito por la funcionaria policial hoy codemandada en el cual no indicó que el accionante fue encontrado en flagrancia y acta de declaración de la denunciante de 30 de igual mes y año, siendo conducido a dependencias de la FELCV en calidad de aprehendido, posteriormente las Fiscales de Materia hoy codemandadas pusieron al accionante a disposición de la Jueza ahora demandada presentando el inicio de investigación e imputación formal, llevándose audiencia de aplicación de medidas cautelares dentro del plazo establecido en la SC 0179/2010-R de 24 de mayo; **b)** Se advirtió una mala praxis de la funcionaria policial hoy codemandada al realizar la aprehensión indebida, considerando que la misma la realizó sin la autorización de la autoridad jurisdiccional y sin la presencia de los Fiscales de Materia, pero tal situación no implica que las demás actuaciones procesales fueron ilegales, es más la detención preventiva impuesta por la Jueza ahora demandada respecto al accionante tiene presupuestos fundados en los supuestos riesgos procesales establecidos en el Código de Procedimiento Penal sobre la existencia de elementos suficientes de la participación en el hecho del hoy accionante, riesgos que indican que no se someterá al proceso como ser el peligro de fuga o de obstaculización; **c)** La detención preventiva del accionante fue dispuesta por la Jueza ahora demandada considerando que existe una declaración y un informe de entrevista psicológica de la víctima que arrojan indicios de que el nombrado sea con probabilidad autor del hecho punible; **d)** Las actuaciones realizadas en la etapa preliminar del investigador asignado al caso y de las Fiscales de Materia deben ser vigiladas por el Juez de la causa, para que las mismas se desarrollen sin violaciones a las garantías constitucionales; **e)** Es evidente que fue una aprehensión ilegal al no existir un inicio de investigación en ese momento y mucho menos una orden de la autoridad competente, así ni se trató de un delito en flagrancia y que del análisis de la jurisprudencia no implica que las posteriores actuaciones procesales hayan vulnerado garantías constitucionales menos la Resolución en la cual se dispuso la detención preventiva; y, **f)** Esa irregularidad debió reclamar ante la Jueza de la causa ya que es ella la que debe velar por el desarrollo de la etapa preliminar, por lo que corresponde conceder respecto a la funcionaria policía hoy codemandada y

denegar con referencia a que se deje sin efecto el acta de la audiencia de aplicación de medidas cautelares donde se dispuso la detención preventiva del accionante, y mucho menos que eso conlleve a concederle la libertad.

II. CONCLUSIONES

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

- II.1.** Cursa papeleta de arresto de 30 de marzo de 2016, la cual indica que Patricia Velásquez Yaninque, funcionaria policial ahora codemandada, a horas 13:15 de la misma fecha condujo a dependencias de la FELCV a Emerson Davinei Brito Sales -hoy accionante- en calidad de aprehendido por la presunta comisión del delito de violación de infante, niño, niña o adolescente, quedando a cargo de Carlos Ricardo Vargas Lima, investigador asignado al caso (fs. 32).
- II.2.** Consta acta de aprehensión de 30 de marzo de 2016 a horas 13:30, efectuada contra el hoy accionante al amparo de la previsión de los arts. 227 inc. 1) y 295 inc. 5) del CPP (fs. 34).
- II.3.** Dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público a denuncia de Carola Valdivia Aguilar contra el accionante, por la presunta comisión del delito de abuso sexual, Angélica Vallejos Arnés, Matilde Vaca Chávez y Yovanna Germanía Castro Gutiérrez, Fiscales de Materia -ahora codemandadas- mediante memorial de 30 de marzo de 2016, informaron el inicio de la investigación y presentaron imputación formal contra el nombrado solicitando la aplicación de la medida cautelar de detención preventiva (fs. 53 a 54 vta.).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El accionante a través de su representante alega como lesionados sus derechos a la libertad, a la presunción de inocencia y al debido proceso, por cuanto: **1)** Se allanó su domicilio sin orden de autoridad competente ni la presencia de un Fiscal de Materia ingresando únicamente con la autorización del portero; **2)** Se procedió a su aprehensión de forma ilegal ya que no se contaba con orden de autoridad competente; **3)** No se le advirtió a tiempo de tomarle su declaración informativa que se cambió el tipo penal denunciado -violación en grado de tentativa por abuso sexual-; y, **4)** En la audiencia de aplicación de medidas cautelares las Fiscales de Materia fundamentaron su solicitud de detención preventiva respecto al delito de abuso sexual; empero, se basaron en actuaciones realizadas en base al delito de violación en grado de tentativa, lo que constituiría procedimiento indebido.

En consecuencia, corresponde determinar en revisión, si los hechos demandados son evidentes, a fin de conceder o denegar la tutela impetrada.

III.1. La acción de libertad y sus alcances respecto al debido proceso

Al respecto la SCP 0464/2015-S3 de 5 de mayo, concluyó que: *“Con relación al procesamiento indebido, la jurisprudencia constitucional fue uniforme al señalar que la vía idónea para su impugnación es la acción de amparo constitucional; sin embargo, cuando se demuestre que esas vulneraciones afectaron directamente al derecho a la libertad física o libertad de locomoción del accionante, dicha protección se verá materializada a través de la acción de libertad, en aquellos casos en los cuales, el procesamiento indebido constituya la causa directa que originó la restricción o supresión de los antes citados derechos previo cumplimiento de la subsidiariedad excepcional que rige a este tipo de acciones.*

*Al respecto, la doctrina desarrollada por el entonces Tribunal Constitucional, estableció que **la protección otorgada por la acción de libertad cuando se refiere al debido proceso, no abarca a todas las formas que puede ser vulnerado, sino, queda reservada para aquellos entornos que conciernen directamente al derecho a la libertad física y de locomoción**; caso contrario, deberá ser tutelado mediante la acción de amparo constitucional, dado que mediante ésta no es posible analizar actos o decisiones demandados como ilegales que no guarden vinculación con los derechos citados. Además de este requisito, debe tenerse presente que opera igualmente el principio de subsidiariedad, de modo que previo a su interposición, deberán agotarse los medios idóneos dentro de la jurisdicción ordinaria donde se tramita la causa, y no pretender su tutela en el ámbito constitucional, cuando los reclamos no fueron activados oportunamente, habida cuenta que no puede utilizarse para salvar la negligencia de la parte accionante. Entendimiento que fue asumido también por las SSCC 0200/2002-R, 0414/2002-R, 1865/2004-R, 0619/2005-R y 0057/2010-R, entre otras.*

En esa línea, la SC 0619/2005-R de 7 de junio, asumiendo los entendimientos contenidos en la SC 1865/2004-R de 1 de diciembre, precisó lo siguiente: ‘...en los procesos instaurados de acuerdo al ordenamiento jurídico boliviano, en el sentido del orden constitucional, las lesiones al debido proceso están llamadas a ser reparadas por los mismos órganos jurisdiccionales que conocen la causa, lo que implica que quien ha sido objeto de esa lesión, debe pedir la reparación a los jueces y tribunales ordinarios, asumiendo activamente su rol dentro del proceso, a través de los medios y recursos que prevé la ley, y sólo agotados éstos, se podrá acudir ante la jurisdicción constitucional a través del recurso de amparo constitucional, que, como se ha señalado, es el recurso idóneo para precautelar las lesiones a la garantía del debido proceso; a no ser que se constate que a consecuencia de las violaciones al debido proceso invocadas, se colocó al recurrente en absoluto estado de indefensión, lo que no le permitió impugnar los

supuestos actos ilegales y que recién tuvo conocimiento del proceso al momento de la persecución o la privación de la libertad.

Un entendimiento contrario, determinaría que los jueces y tribunales de hábeas corpus, y el propio Tribunal Constitucional, asuman una atribución que el orden constitucional no les otorga, posibilitando que toda reclamación por supuestas lesiones al debido proceso por quien se encuentre privado de libertad, prospere a través del recurso de hábeas corpus, desnaturalizando la actuación de los jueces y tribunales ordinarios, que son los que tienen competencia, primariamente, para ejercer el control del proceso, y sólo si la infracción no es reparada se abre la tutela constitucional.

(...)

*Para que la garantía de la libertad personal o de locomoción pueda ejercerse mediante el recurso de hábeas corpus cuando se denuncia procesamiento ilegal o indebido deben presentarse, en forma concurrente, los siguientes presupuestos: a) el acto lesivo, entendido como los actos ilegales, las omisiones indebidas o las amenazas de la autoridad pública, denunciados, **deben estar vinculados con la libertad por operar como causa directa para su restricción o supresión**; b) debe **existir absoluto estado de indefensión**, es decir, que el recurrente no tuvo la oportunidad de impugnar los supuestos actos lesivos dentro del proceso y que recién tuvo conocimiento del mismo al momento de la persecución o la privación de la libertad” (las negrillas son nuestras).*

III.2. Subsidiariedad excepcional de la acción de libertad

La SC 0160/2005-R de 23 de febrero, estableció la subsidiariedad excepcional del hábeas corpus -actualmente acción de libertad- en razón a que: “...como el ordenamiento jurídico no puede crear y activar recursos simultáneos o alternativos con el mismo fin sin provocar disfunciones procesales no queridas por el orden constitucional, se debe concluir que el proceso constitucional del hábeas corpus, únicamente se activa cuando los medios de defensa existentes en el ordenamiento común, no sean los idóneos para reparar, de manera urgente, pronta y eficaz, el derecho a libertad ilegalmente restringido. **No es posible acudir a este recurso, cuando el ordenamiento jurídico prevé medios de impugnación específicos y aptos para restituir el derecho a la libertad, en forma inmediata.** Conforme a esto, solamente una vez agotado tal medio de defensa y ante la persistencia de la lesión, se podrá acudir a la jurisdicción constitucional, invocando la tutela que brinda el hábeas corpus” (las negrillas nos corresponden).

Consecuente con lo anotado, la SC 0008/2010-R de 6 de abril, sostuvo que: "...esta acción de defensa, por la urgencia de la situación, se configura como el medio más eficaz para restituir los derechos afectados; empero, **en caso de existir mecanismos procesales específicos de defensa que sean idóneos, eficientes y oportunos para restituir el derecho a la libertad y a la persecución o procesamiento indebido, deben ser utilizados previamente por el o los afectados;** en estos casos por tanto, la acción de libertad operará solamente en caso de no haberse restituido los derechos afectados a pesar de haberse agotado estas vías específicas" (las negrillas nos pertenecen).

En este sentido la SC 0080/2010-R de 3 de mayo, estableció los supuestos en que excepcionalmente concurre la subsidiariedad en la acción de libertad, precisando que: "...en los casos, que **en materia penal se impugnen actuaciones no judiciales** -antes de la imputación formal- **y judiciales** -posteriores a la imputación-, **a través de la acción de libertad**, hay aspectos que se deben tener en cuenta, en los cuales **de manera excepcional**, no es posible ingresar al fondo de la acción de libertad, a objeto de guardar el equilibrio y complementariedad entre ambas jurisdicciones, en los siguientes supuestos:

Primer supuesto:

*Si antes de existir imputación formal, tanto la Policía como la Fiscalía cometieron arbitrariedades relacionadas al derecho a la libertad física o de locomoción, y todavía no existe aviso del inicio de la investigación, corresponde ser denunciadas ante el Juez Cautelar de turno. **En los casos en los que ya se cumplió con dicha formalidad procesal, es decir, con el aviso del inicio de la investigación, al estar identificada la autoridad jurisdiccional, es ante ella donde se debe acudir en procura de la reparación y/o protección a sus derechos.** De no ser así, se estaría desconociendo el rol, las atribuciones y la finalidad que el soberano a través del legislador le ha dado al juez ordinario que se desempeña como juez constitucional en el control de la investigación* (las negrillas de este párrafo son nuestras).

Por su parte, respecto a incidentes interpuestos contra hechos o actos vinculados de manera directa con el derecho a la libertad, la SCP 1907/2012 de 12 de octubre, estableció que: "...**en caso de activarse este tipo de incidente, impugnando una aprehensión supuestamente ilegal, dicho trámite debe ser concluido en todas sus instancias, y cuando se hubiere obtenido una resolución final, si aún se constatan vulneraciones al derecho a la libertad o de locomoción no reparadas, entonces corresponderá recién acudir a la jurisdicción constitucional**

mediante el presente mecanismo de defensa” (las negrillas son nuestras).

III.3. Análisis del caso concreto

El accionante a través de su representante, manifestó que: **i)** Se allanó su domicilio sin orden de autoridad competente ni la presencia de un Fiscal de Materia, ingresando únicamente con la autorización del portero; **ii)** Se procedió a su aprehensión de forma ilegal ya que no se contaba con orden de autoridad competente; **iii)** No se le advirtió a tiempo de tomarle su declaración informativa que se cambió el tipo penal denunciado -violación en grado de tentativa por abuso sexual-; y, **iv)** En la audiencia de aplicación de medidas cautelares las Fiscales de Materia ahora demandadas fundamentaron su solicitud de detención preventiva respecto al delito de abuso sexual; empero, se basaron en actuaciones realizadas en base al delito de violación en grado de tentativa, lo que constituiría procedimiento indebido; aspectos que hubiesen motivado la vulneración de sus derechos que hoy pide su tutela.

III.3.1. Respetto a las problemáticas identificadas en los incs. i) y iii)

Conforme se tiene en la jurisprudencia constitucional citada en el Fundamento Jurídico III.1. de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, cuando se demanda vulneraciones del debido proceso -indebido procesamiento-, a través de la acción de libertad, la misma procede cuando concurren los dos presupuestos establecidos por la jurisprudencia para dicho fin, los cuales son que: **a)** El acto procesal que se considera vulneratorio al debido proceso se constituya en la causa directa de supresión o restricción del derecho a la libertad; y, **b)** Hubiese existido absoluto estado de indefensión.

En ese marco, del análisis del caso concreto se advierte que los actos lesivos al derecho del accionante vienen a ser el allanamiento de su domicilio sin orden de autoridad competente y sin la presencia de un Fiscal de Materia ingresando solo con la autorización del portero, así como no habersele advertido a tiempo de tomarle su declaración informativa que se cambió el tipo penal denunciado -violación en grado de tentativa por abuso sexual-; se tratan de extremos procesales que no operan como causa directa de afectación al derecho a la libertad del accionante, para que vía acción de libertad se pueda proteger el debido proceso denunciado como vulnerado, máxime cuando se encuentra cumpliendo una detención preventiva dispuesta por la Jueza ahora demandada, debiéndose considerar que estas supuestas lesiones a dicho derecho deben ser reparadas vía

acción de amparo constitucional siempre y cuando en la vía ordinaria se hayan agotado los medios y recursos que prevé la ley; así como tampoco se advierte un estado absoluto de indefensión, puesto que el prenombrado justamente haciendo uso de su derecho a la defensa se encuentra participando activamente en el proceso penal seguido en su contra, tal como se tiene por el informe de la Fiscal de Materia hoy codemandada que asistió a la audiencia ante el Juez de garantías, respecto a que hubiese presentado incidentes, consecuentemente al no cumplirse con los dos presupuestos que permitan tutelar en esta vía las lesiones al debido proceso, corresponde denegar la tutela solicitada al respecto.

III.3.2. En relación a la problemática identificada en el inc. ii)

Sobre el particular, resulta pertinente señalar lo referido por la Fiscal de Materia Matilde Vaca Chávez hoy codemandada en el informe prestado ante el Juez de garantías en la audiencia de consideración y resolución de la acción de libertad que nos ocupa, donde indicó que el accionante "...ha estado presente un abogado que lo ha asistido en todo momento y que también ha planteado y se ha presentado ante el juez, ha planteado los incidentes que ha considerado la juez, en este sentido no existe un procesamiento ilegal..." (sic), se puede entender que ese fue interpuesto respecto a la misma problemática que nos ocupa -aprehensión ilegal-, asimismo, dicho extremo no mereció objeción alguna de la parte accionante que bien pudo en la misma audiencia refutar lo referido por la Fiscal de Materia ahora codemandada; sin embargo, el Juez de garantías, al emitir la Resolución 12 de 11 de julio de 2016, consideró que, "...de la revisión de los actuados procesales **no se evidencia que el encausado haya hecho el reclamo pertinente ante la autoridad competente...**" (sic), respecto a la cuestionada aprehensión ilegal.

Ahora bien, de las circunstancias propias que se presentan en el caso concreto sobre la problemática en análisis, sea que se presentó incidente -como refirió la Fiscal de Materia hoy codemandada- o no haya sido reclamado ante la autoridad judicial -como sostuvo el Juez de garantías-, al no contar esta vía con una etapa probatoria amplia impide a la justicia constitucional tener certeza al respecto; sin embargo, con toda convicción y en aplicación de la jurisprudencia constitucional vigente supra citada, ante una u otra circunstancia que se observa, los mismos devienen en el no agotamiento de la jurisdicción ordinaria penal; por cuanto, previamente debió agotar los medios y recursos de impugnación previstos en esa

vía antes de acudir con su pretensión a través de la presente acción de libertad, conforme a la subsidiariedad excepcional referida en el Fundamento Jurídico III.2. de esta Resolución constitucional, correspondiendo denegarse la tutela con relación al acto lesivo alegado.

III.3.3. En cuanto a la problemática identificada en el inc. iv)

Conforme se tiene a partir de lo referido tanto por el accionante como por las autoridades ahora demandadas -Jueza y Fiscal de Materia que prestaron informe ante el Juez de garantías-, se tiene que en audiencia de medidas cautelares se dispuso la detención preventiva del accionante, al encontrarse cumplidos los requisitos del art. 233 del CPP; Resolución que no fue apelada, tal como lo mencionó la Juez hoy demandada y el accionante en la audiencia de consideración y resolución de la presente acción tutelar, lo que permite concluir que a través de esta acción de libertad el nombrado pretende dejar sin efecto la Resolución que dispuso su detención preventiva.

Consecuentemente, tomando en cuenta la previsión del art. 251 del CPP, el cual establece el recurso de apelación respecto a la resolución que disponga, modifique o rechace las medidas cautelares, medio y/o mecanismo idóneo y específico para la protección y reparación de los derechos del accionante en la vía ordinaria, el cual una vez agotado y ante la persistencia de lesión denunciada recién se activa la vía constitucional, corresponde aplicar la SC 0080/2010-R de 3 de mayo, la cual estableció que: *"...en los casos, que **en materia penal se impugnen actuaciones no judiciales** -antes de la imputación formal- **y judiciales** -posteriores a la imputación-, **a través de la acción de libertad**, hay aspectos que se deben tener en cuenta, en los cuales **de manera excepcional**, no es posible ingresar al fondo de la acción de libertad, a objeto de guardar el equilibrio y complementariedad entre ambas jurisdicciones, en los siguientes supuestos:*

(...)

Segundo Supuesto:

Cuando existe imputación y/o acusación formal, y se impugna una resolución judicial de medida cautelar que; por ende, afecta al derecho a la libertad física o de locomoción, con carácter previo a interponer la acción de libertad, se debe apelar la misma, para que el superior en grado tenga la posibilidad de corregir la arbitrariedad

denunciada. Puesto que el orden legal penal ha previsto ese medio impugnativo, precisamente para que a través de un recurso rápido, idóneo, efectivo y con la mayor celeridad se repare en el mismo órgano judicial, las arbitrariedades y/o errores que se hubiesen cometido en dicha fase o etapa procesal. Lo propio si está referido a cuestiones lesivas a derechos fundamentales relacionados a actividad procesal defectuosa, o relacionado al debido proceso, casos en los cuales se debe acudir ante la autoridad judicial que conoce la causa en ese momento procesal, puesto que el debido proceso es impugnable a través de la acción de libertad, sólo en los casos de indefensión absoluta y manifiesta, o que dicho acto sea la causa directa de la privación, o restricción a la libertad física” (las negrillas de este párrafo nos pertenecen), razón por la cual este Tribunal se encuentra impedido de conocer el fondo de la problemática planteada, en base a la concurrencia de la excepcional subsidiariedad en la acción de libertad correspondiendo la denegatoria de la tutela impetrada.

En consecuencia, el Juez de garantías, al **conceder en parte** la tutela solicitada, obró en forma parcialmente correcta.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Tercera; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado y el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; en revisión, resuelve: **REVOCAR en parte** la Resolución 12 de 11 de julio de 2016, cursante de fs. 94 a 96, pronunciada por el Juez de Sentencia Penal Octavo de la Capital del departamento de Santa Cruz; y en consecuencia, **DENEGAR** la tutela impetrada, de acuerdo a los fundamentos del presente fallo constitucional.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.

Fdo. Dra. Neldy Virginia Andrade Martínez
MAGISTRADA

Fdo. Dr. Ruddy José Flores Monterrey
MAGISTRADO

