



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

VOTO DISIDENTE

Sentencia Constitucional Plurinacional 0871/2018-S2

Sucre, 20 de diciembre de 2018

SALA SEGUNDA

Magistrado Relator: MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano

Acción de libertad

Expediente: 22730-2018-46-AL

Departamento: Cochabamba

Partes: **Moisés Kestembaum Gamarra** en representación sin mandato de **Sandro Luis Vela Zambrana** contra **Vicente Ayzama López, Juez Público de la Niñez y Adolescencia de Instrucción Penal Primero; y, Favio Velazco Rojas y Edwin Poma Mamani, Fiscales de Materia, todos de Ivirgarzama del departamento de Cochabamba.**

I. ANTECEDENTES

El suscrito Magistrado expresa su desacuerdo con los Fundamentos Jurídicos contenidos en la SCP 0871/2018-S2 de 20 de diciembre; por lo que, emite su Voto Disidente en la aprobación de dicha Sentencia; pues considera que se debió **CONFIRMAR** la Resolución de 15 de febrero de 2018, cursante de fs. 79 a 81 vta., pronunciada por la Jueza de Sentencia y Partido del Trabajo y Seguridad Social Primera de Sacaba del departamento de Cochabamba; y en consecuencia **DENEGAR** la tutela impetrada.

En consecuencia, de conformidad a lo dispuesto por el art. 10.III del Código Procesal Constitucional (CPCo), expone los fundamentos de su disidencia, bajo los siguientes argumentos jurídicos-constitucionales:

II. FUNDAMENTACIÓN

II.1. El accionante mediante su representante manifiesta que se encuentra indebidamente procesado, puesto que dentro del proceso penal que le sigue el Ministerio Público, por la presunta comisión de los delitos de consorcio de jueces, fiscales, policías y abogados, falsificación de documento privado y uso de

instrumento falsificado, los Fiscales de Materia -hoy demandados- pretenden cautelarlos con una imputación formal carente de fundamentación y sin contar con prueba suficiente que acredite la concurrencia de los supuestos peligros procesales de fuga y obstaculización; y, que el Juez -demandado- sin cumplir su papel de contralor de la investigación, a sabiendas que no fue notificado legalmente con la imputación formal y que existe un incidente de nulidad pendiente de resolución, fijó audiencia de consideración de medida cautelar, situación que pone en peligro su libertad.

II.2. La citada SCP 0871/2018-S2, a pesar de recoger fundamentos jurídicos iguales para resolver la presente problemática planteada, como el hecho de introducir la jurisprudencia reiterada, sobre la subsidiariedad excepcional de la acción de libertad, introdujo argumentos distintos en el análisis de caso concreto, bajo los siguientes fundamentos:

Respecto a la actuación de los Fiscales de Materia demandados

La referida Sentencia Constitucional Plurinacional, estableció que si bien el accionante denunció que los Fiscales de Materia no actuaron conforme a procedimiento, que “interpusieron” -siendo lo correcto- “formularon” imputación formal el 25 de enero de 2018, un año después de la presentación de la querella, no le notificaron con la misma conforme a procedimiento, que adolece de incongruencias debido a que no existe la debida fundamentación, que no se habría individualizado a las víctimas y querellantes y que no se tienen documentos que acrediten los supuestos procesales de los arts. 234 y 235 del Código de Procedimiento Penal (CPP); sin embargo, la Magistrada relatora, manifestó que al estar dicho proceso bajo control jurisdiccional, corresponde denunciar cualquier acto ilegal u omisión indebida que implique actividad procesal defectuosa ante la autoridad judicial; toda vez que, de acuerdo al art. 279 del CPP, tanto la Fiscalía como la Policía Boliviana se encuentran bajo su control jurisdiccional, en consecuencia al existir un medio idóneo, eficaz y oportuno para la tutela de los derechos que se pretende en la jurisdicción constitucional, circunstancia que determina se deba denegar la tutela solicitada en aplicación de la subsidiariedad excepcional que rige la acción de libertad.

Con relación al Juez demandado

En el sentido que la autoridad judicial -hoy demandada- habría fijado audiencia de consideración de aplicación de medidas cautelares, sin que se encuentre debidamente notificado con la imputación formal; al respecto la citada SCP 0871/2018-S2, sostuvo que el accionante no puede argüir la falta de notificación, puesto que al haber interpuesto un incidente de nulidad el Juez de la causa rechazó la imputación formal interpuesta por el impetrante de tutela, agregando que esa Resolución es motivo de apelación incidental conforme a procedimiento penal.

II.3. Respetuoso por los fallos emitidos por este Tribunal Constitucional Plurinacional, en este caso por los argumentos expuestos por la Magistrada relatora en la SCP 0871/2018-S2, debido a que mi criterio jurídico constitucional no es coincidente con la misma, tengo a bien formular mi Voto Disidente con los siguientes fundamentos:

A mi criterio, la citada Sentencia Constitucional Plurinacional, debió resolver la presenta problemática a partir de los dos siguientes análisis:

1.- El no formalismo que caracteriza a la acción de libertad, no significa que el accionante pueda sustraerse del principio de subsidiariedad, aplicado excepcionalmente en la presente acción tutelar

El art. 3 inc. 5 del CPCo, consagra el principio de no formalismo, como uno de los principios procesales de la justicia constitucional, y establece que: *"Por el que sólo podrán exigirse aquellas formalidades estrictamente necesarias para la consecución de los fines del proceso"*.

Entonces, si bien una de las características de la acción de libertad, es su carácter informal; sin embargo, a partir del razonamiento jurisprudencial establecido sobre la subsidiariedad excepcional de la acción de libertad, se entiende que quien pretende activar dicha acción tutelar, previamente debe haber demostrado el cumplimiento del principio de subsidiariedad, debido a que la informalidad de la referida acción tutelar no significa que la o el accionante pueda sustraerse del cumplimiento de dicho principio, al contrario, de existir mecanismos judiciales ordinarios de defensa que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideren amenazados o vulnerados, el afectado de forma diligente y principal debe agotarlos y no acudir directamente a la justicia constitucional.

Por consiguiente, toda persona que acuda ante un juez o tribunal de garantías constitucionales con el objeto que le sea protegido y reestablecido su derecho a la libertad, no puede desconocer el previo cumplimiento del principio de subsidiariedad o lo que equivale decir, sustraerse del mismo, tal y cual razonó la abundante jurisprudencia constitucional, aclarando que existen algunas excepciones al mismo, como en los casos en los que se encuentren involucrados menores de edad a quienes no les es aplicable el principio de subsidiariedad (SCP 0354/2017-S2 de 24 de abril).

2.- La acción de libertad no constituye un medio alternativo y facultativo que permita suplir los mecanismos judiciales ordinarios

En similar sentido, la jurisprudencia constitucional estableció que, la acción de libertad, no puede ser desnaturalizada en su esencia y finalidad, debiendo evitarse que se convierta en un medio alternativo o paralelo que provoque confrontación jurídica con la jurisdicción ordinaria (SCP 0013/2017-S3 de 3 de febrero).

La presente acción tutelar no puede ser interpuesta desechando los mecanismos judiciales de defensa de la jurisdicción ordinaria, tampoco puede ser activada como un medio alternativo y facultativo que permita suplir dichos mecanismos ordinarios, mediante el cual se busque subsanar errores procesales o dejar sin efecto decretos y resoluciones fiscales o judiciales, ni mucho menos desconociendo o vaciando las competencias del Juez de Instrucción penal o cautelar, como la prevista en el art. 54.1 del CPP, con la finalidad de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, debido a que la mencionada acción de defensa, dada su naturaleza jurídica, no fue instituido para tales fines.

Consecuentemente, toda persona que acuda ante un juez o tribunal de garantías constitucionales, en procura que le sea protegido su derecho a la libertad, no puede activar la acción de libertad como un medio supletorio de recursos ordinarios contemplados en el ordenamiento jurídico procesal penal, ni pretender que el juez de garantías adopte decisiones paralelas.

Sobre el particular, la SCP 1128/2014 de 10 de junio, señaló lo siguiente: *"...la subsidiariedad excepcional del hábeas corpus -actual 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'".*

Adicionalmente, el extinto Tribunal Constitucional, mediante la SC 0181/2005-R de 3 de marzo, estableció que: *"De lo anterior se extrae que todo imputado que considere que en el curso del proceso investigativo ha sufrido una lesión de un derecho fundamental, entre ellos, el derecho a la libertad en cualquiera de las formas en que pueda sufrir menoscabo, debe impugnar tal conducta ante el juez instructor, que es el órgano jurisdiccional que tiene a su cargo el control de la investigación, desde los actos iniciales hasta la conclusión de la etapa preparatoria..."*.

En síntesis y conforme lo anterior, se advierte que el accionante mediante su representante **no cumplió con el principio de subsidiariedad**, por una parte; y, por otra, **pretende utilizar la presente demanda constitucional como un medio alternativo que reemplace los recursos de la jurisdicción ordinaria**, puesto que ante la imputación formal y requerimiento de detención preventiva, así como el imputado promovió incidente de nulidad de notificación respecto a la imputación formal hecha en su contra, en similar sentido debió accionar contra la supuesta falta de fundamentación contenida en dicha

imputación formal 25 de enero de 2018, al no hacerlo, es claro que el accionante incumplió el principio de subsidiariedad de la presente acción tutelar.

De esta manera la referida SCP 0871/2018-S2, debió establecer que la pretensión del accionante no sólo se hallaba encaminada a: declarar la nulidad de la imputación formal de 25 de enero de 2018; sino también la declaratoria de rebeldía dictada en su contra. Es decir que el imputado no sólo desnaturalizó la naturaleza jurídica de la acción de libertad, sino que utilizó la referida acción tutelar como un medio alternativo o supletorio de los mecanismos o recursos existentes en la jurisdicción ordinaria, debido a que no toma en cuenta que contra la supuesta ilegal formulación de imputación formal, de acuerdo al art. 308.3 del CPP (excepciones) cuenta con el medio ordinario legal e idóneo, cual es la falta de acción, porque no fue legalmente promovida; o, en su caso, la comparecencia acorde al art. 91 del citado Código Adjetivo Penal, contra la declaratoria de rebeldía. Situación que no fue considerada por la Magistrada relatora, ya que directamente, sin ingresar al fondo y bajo los temas la subsidiariedad excepcional de la acción de libertad y sobre la notificación con la imputación formal, denegó la tutela impetrada.

Por los fundamentos expuestos, correspondía que la citada SCP 0871/2018-S2 de 20 de diciembre, **con los fundamentos expuestos precedentemente**, resuelva la presente acción tutelar disponiendo: **CONFIRMAR** la Resolución de 15 de febrero de 2018, cursante de fs. 79 a 81 vta., pronunciada por la Jueza de Sentencia y Partido del Trabajo y Seguridad Social Primera de Sacaba del departamento de Cochabamba, constituida en Jueza de garantías; y, en consecuencia, **DENEGAR** la tutela impetrada.

Fdo. MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano
MAGISTRADO