**SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0894/2017-S2**

**Sucre, 21 de agosto de 2017**

**SALA SEGUNDA**

**Magistrada Relatora:  Dra. Mirtha Camacho Quiroga**

**Acción de libertad**

**Expediente:                  20402-2017-41-AL**

**Departamento:            La Paz**

En revisión la Resolución 65/2017 de 26 de julio, cursante de fs. 14 a 17, pronunciada dentro de la **acción de libertad** interpuesta por **Teodora Herrera Zambrana** en representación sin mandato del menor **AA** contra **Patricio Pérez Colque, Fiscal de Materia de Sica Sica.**

**I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA**

**I.1. Contenido de la demanda**

Por memorial presentado el 26 de julio de 2017, cursante a fs. 4 y vta., la representante del accionante, expresó lo siguiente:

**I.1.1. Hechos que motivan la acción**

Dentro del proceso penal seguido en contra de AA menor de edad de “16” años, por la presunta comisión del delito de violencia familiar o doméstica previsto y sancionado por el art. 272 bis del Código Penal (CP), el Fiscal de Materia –ahora demandado–, después de recibir su declaración informativa, dispuso su aprehensión de forma ilegal aplicando el Código de Procedimiento Penal, pese a que su representante hizo conocer oportunamente la edad del procesado pidiendo sea tramitado conforme a la Ley 548 de 17 de julio de 2014 (Código Niña, Niño y Adolescente); razones por las cuales, se encuentra ilegalmente privado de su libertad e indebidamente procesado.

**I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados**

Denunció la lesión de los derechos de su representado, a la libertad y al debido proceso sin citar norma constitucional alguna con relación a los derechos invocados.

**I.1.3. Petitorio**

Solicita se conceda la tutela, disponiendo la nulidad la resolución de aprehensión de 25 de julio de 2017, emitida por la Autoridad fiscal demandada ordenando su libertad.

**I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías**

Celebrada la audiencia pública el 26 de julio de 2017, según consta en el acta cursante de fs. 12 a 13, se produjeron los siguientes actuados:

**I.2.1. Ratificación y ampliación de la acción**

La parte accionante, a través de su abogado, en audiencia ratificó el tenor íntegro de los fundamentos de su memorial de acción de libertad y ampliando manifestó que el Fiscal de Materia, aplicando el art. 226 del Código de Procedimiento Penal (CPP) procedió a ejecutar la aprehensión del procesado, sin tomar en cuenta que el mismo es un menor de diecisiete años que debe ser procesado por el Código Niña, Niño y Adolescente a efectos de evitar la vulneración de sus derechos y garantías constitucionales; sin embargo, está siendo procesado con el Código Adjetivo Penal que debe ser aplicado a personas mayores de edad; por lo tanto, solicitó se conceda la tutela solicitada.

**I.2.2. Informe de la autoridad demandada**

El representante del Ministerio Público de la localidad de Sica Sica del departamento de La Paz, en audiencia pública manifestó que: **a)** El presente caso fue iniciado por “violencia familiar o doméstica” y “lesiones graves y leves”, donde la víctima y querellante, Alberto Chambi Mamani, tiene quince días de impedimento; asimismo, se emitió la Resolución de aprehensión en contra de Eday Chambi Herrera quien es hermano del ahora accionante, pero por un “lapsus calami” se consignó el art. 226 del CPP, error que fue subsanado en la Imputación Formal fundamentada conforme el art. 287 del Código Niña, Niño y Adolescente (CNNA); y, **b)** Corresponde que la autoridad jurisdiccional de Sica Sica, valore lo denunciado por la representante del ahora accionante, teniendo en cuenta que se hizo conocer oportunamente la imputación formal subsanando el error en la consignación del artículo referido; asimismo, dicha autoridad dilucidará lo denunciado ya que se tiene señalada audiencia de medidas cautelares; por lo tanto, solicitó se deniegue la tutela impetrada.

**I.2.3. Resolución**

El Tribunal de Sentencia Primero de Sica Sica del departamento de La Paz, constituido en Tribunal de garantías, mediante Resolución 65/2017 de 26 de julio, cursante de fs. 14 a 17, **denegó** la tutela solicitada, bajo los siguientes fundamentos: **1)** El presente caso trata de un menor de edad, aspecto que no fue controvertido por el Fiscal de Materia demandado, pero que fue reconocido al señalar que corresponde la aplicación del Código Niña, Niño y Adolescente; **2)** La parte accionante denuncia que la autoridad ahora demandada, al emitir la Resolución de aprehensión de 25 de julio de 2017, aplicando lo dispuesto por el art. 226 del CPP vulneró sus derechos, ya que correspondía la aplicación del Código Niña, Niño y Adolescente y no así el Código de Procedimiento Penal; por otra parte, es pertinente denotar que la jurisprudencia constitucional estableció que una aprehensión es legal cuando concurren necesariamente los requisitos formales y materiales desarrollados por la SC 0957/2004-R de 17 de junio; y,     **3)** Se advierte que los requisitos de legalidad formal fueron cumplidos, al existir una Resolución de aprehensión emitida el 25 de julio de 2017 fundada en la existencia de suficientes indicios de la autoría de los delitos de violencia familiar o doméstica y lesiones graves y leves, así como haberse puesto al aprehendido a conocimiento de la Jueza Pública Mixta de la Niñez y Adolescencia e Instrucción Penal Primera de la localidad de Sica Sica del departamento de La Paz, haciendo la presentación de la imputación formal respectiva el 26 de ese mes y año; de igual modo, se confirmó el cumplimiento de los requisitos de legalidad material, toda vez que la existencia de suficientes indicios de autoría y los elementos de convicción relativos al peligro de fuga y obstaculización se encuentran desglosados en la Resolución de aprehensión y uno de los delitos atribuidos, como el de lesiones graves y leves tiene la pena privativa de libertad de tres a seis años, ratificándose de esta forma la observancia de lo dispuesto por el art. 287 del CNNA, determinándose la legalidad de la aprehensión.

Frente a la solicitud de complementación por parte del abogado de la parte accionante, el Tribunal de garantías manifestó que compulsando la imputación formal se concluyó que el error en la Resolución de aprehensión respecto a la normativa fue subsanado, además del inicio de investigación y de la respectiva comunicación al Juez de la Niñez y Adolescencia, además, el menor fue sometido a un proceso penal en el marco de la justicia juvenil, aplicando el Código Niña, Niño y Adolescente; asimismo, se torna imposible ingresar a la valoración de los elementos que hacen a la solicitud de medidas cautelares, al encontrarse pendiente su consideración por parte de la autoridad judicial competente; por lo tanto determina no ha lugar la complementación solicitada.

**II. CONCLUSIONES**

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

**II.1.**  Cursa el memorial presentado el 7 de julio de 2017, por Teodora Herrera Zambrana, representante de AA, ante el Fiscal de Materia ahora demandado, mediante el cual hizo conocer la minoría de edad de su representado y pidió suspender el proceso de investigaciones y su declaración informativa (fs. 1 y vta.).

**II.2.**  Mediante Resolución de aprehensión de 25 del referido mes y año, emitida por Fiscal de Materia, se ordenó la aprehensión del ahora accionante, en aplicación del art. 226 del CPP (fs. 3 y vta.).

**II.3.**  Por Resolución de Imputación Formal de 26 de julio de 2017, pronunciada por Patricio Pérez Colque, Fiscal de Materia de Sica Sica, se evidencia que AA, fue procesado por la presunta comisión de los delitos de lesiones graves y leves, y violencia familiar o doméstica previstos y sancionados por los arts. 271 y 272 bis del CP (fs. 7 a 10 y vta.).

**III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO**

El accionante a través de su representante, denunció la lesión de los derechos a la libertad y al debido proceso, toda vez que, dentro del proceso penal seguido en su contra, el Fiscal de Materia ahora demandado, después de recibir su declaración informativa, mediante Resolución de 25 de julio de 2017, dispuso su aprehensión de forma ilegal aplicando el art. 226 del CPP; pese a que por memorial de 7 del referido mes y año, hizo conocer oportunamente que es menor de “16 años” pidiendo que el proceso sea tramitado conforme al Código Niña, Niño y Adolescente.

En consecuencia, corresponde dilucidar en revisión, si tales argumentos son evidentes a fin de conceder o denegar la tutela impetrada.

**III.1.  Inaplicabilidad de la subsidiariedad excepcional en la acción de libertad en casos de menores involucrados**

Con relación a la inaplicabilidad de subsidiariedad excepción en la acción de libertad en casos con menores involucrados, en la SCP 0260/2015-S2 de 26 de febrero, señaló que*: “Conforme al entendimiento desarrollado en la SC 1245/2011-R de 16 de septiembre, se aclaró que: ‘Según ha precisado este Tribunal en su jurisprudencia, la subsidiariedad excepcional de la acción de libertad no es aplicable en el caso de menores a menores infractores, al respecto la SC 0018/2011-R de 7 de febrero, recogiendo el entendimiento asumido por la SC 0818/2006-R de 21 de agosto, estableció que: «…la subsidiariedad con carácter excepcional del recurso de hábeas corpus, instituida en la SC 0160/2005-R, de 23 de febrero, cuando existen medios de defensa eficaces y oportunos para resguardar el derecho a la libertad supuestamente lesionado, a los cuales el afectado deberá acudir en forma previa y solamente agotados tales medios de defensa y ante la persistencia de la lesión, se podrá acudir a la jurisdicción constitucional, invocando la tutela que brinda el hábeas corpus, no es aplicable a los supuestos en los que menores de 16 años, considerados menores infractores, se vean involucrados en la presunta comisión de delitos, por cuanto en correspondencia con el régimen especial de protección y atención que el Estado y la sociedad deben garantizar a todo niño, niña y adolescente, éstos se hallan bajo la protección y regulación de las disposiciones del Código Niño, Niña y Adolescencia, cuyas normas son de orden público y de aplicación preferente; que a diferencia de las normas previstas por el Código de Procedimiento Penal, no existe un medio de impugnación expedito e inmediato contra las resoluciones que restrinjan la libertad del menor detenido; en cuyo mérito, corresponde ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada y determinar si la autoridad recurrida incurrió en los actos y omisiones denunciados de ilegales que afectan el derecho a la libertad del representado del actor, menor de edad, quien se encontraría con detención preventiva…».*

*Es preciso resaltar que, en el marco de la presunción de minoridad desarrollada previamente, la subsidiariedad excepcional del hábeas corpus tampoco es aplicable en los casos en los que, existiendo duda razonable respecto a la edad del supuesto responsable de un delito, esta se invoque, correspondiendo a la autoridad jurisdiccional, admitir y tramitar la acción de libertad’”.*

**III.2.  Marco legal respecto a la aprehensión de menores**

Con relación al marco normativo previsto para la aprehensión, medidas cautelares y riesgos procesales en el proceso penal del adolescente, en la SCP 0769/2015-S2 de 8 de julio, se señaló que: *“Los niños, niñas y adolescentes, son un grupo que merece protección prioritaria y especial, principalmente por la etapa de desarrollo en la que se encuentran; es así que nuestra Ley Fundamental en su Sección V respecto a los derechos de la niñez, adolescencia y juventud, ha establecido en los arts. 58 y ss., principalmente el deber del Estado y de la sociedad en general, de garantizar la prioridad del interés superior del menor, estableciendo el alcance de ello, traducido en la preeminencia de sus derechos, primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, prioridad en la atención de los servicios públicos y privados y acceso a una administración de justicia pronta oportuna y con asistencia de personal especializado.*

*Siguiendo ésta corriente garantista, el Código Niña, Niño y Adolescente, al ser la norma de la especialidad, a través de varios de los artículos que lo conforman, en cuanto al tema de autos, cual es la aprehensión de menores, instituye en lo que se refiere al tratamiento especializado que las instituciones del Estado en todos sus niveles, involucradas en la protección de los derechos de la niña, niño y adolescente, garantizando el tratamiento especializado, para lo cual desarrollarán programas de capacitación, especialización, actualización e institucionalización de sus operadores.*

*En ese orden, la mencionada norma, más precisamente en el Capítulo II, sobre la aprehensión, medidas cautelares y peligros procesales, señala en el* ***art. 287*** *que* ***la referida medida de la aprehensión de la persona adolescente sólo podrá realizarse:***

*‘a) En caso de fuga, estando legalmente detenida o detenido;*

*b) En caso de delito flagrante;*

*c) En cumplimiento de orden emanada por la Jueza o el Juez; y*

***d) Por requerimiento Fiscal, ante su inasistencia, cuando existan suficientes indicios de que es autora o partícipe de un delito sancionado con pena privativa de libertad cuyo mínimo legal sea igual o superior a tres (3) años o de que pudiera ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar, u obstaculizar la averiguación de la verdad.***

*II. En caso de los incisos a) y b) del Parágrafo precedente, la autoridad policial que la o le haya aprehendido, deberá comunicar esta situación a la o el Fiscal mediante informe circunstanciado en el término de ocho (8) horas, y remitirlo a disposición del Ministerio Público. La o el Fiscal informará a la Jueza o al Juez en el plazo de veinticuatro (24) horas y presentará su imputación a fin que se decida su situación procesal. Asimismo, comunicará inmediatamente a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, Defensa Pública o abogada o abogado particular, y, si fuere posible, a su madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor.*

*III. La audiencia cautelar será programada y resuelta con preferencia.*

*IV. La persona adolescente aprehendida, en ningún caso podrá ser incomunicada o detenida en dependencias policiales, penitenciarias o del Ministerio Público para personas adultas’”* (las negrillas son nuestras).

**III.3.  La acción de libertad, el debido proceso y el marco normativo aplicable**

Es necesario efectuar algunas precisiones sobre los alcances del derecho-garantía constitucional del debido proceso, consagrado en los arts. 115.II y 117.I de la Ley Fundamental, y su vinculación con el marco normativo aplicable a niñas, niños y adolescentes infractores dentro del proceso penal adolescente, en el entendido de que el menor de edad infractor por su condición de vulnerabilidad -desde una perspectiva constitucional- está resguardado por un sistema de garantías jurisdiccionales reforzado, ante el uso del poder punitivo del Estado y sus posibles excesos, a efectos de que se defina su responsabilidad jurídica en el marco de un debido proceso judicial en el que las autoridades jurisdiccionales están constreñidas a verificar de manera rigurosa el cumplimiento de los estándares constitucionales del debido proceso.

Al respecto, la SCP 0217/2014 de 5 de febrero, estableció que: *“…de una interpretación sistemática y teleológica de los arts. 115.II, 125, 178.I y 180.I de la CPE, con relación al art. 46 del Código de Procedimiento Penal (CPCo), a la luz del principio de favorabilidad y la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, corresponde efectuar un cambio de línea jurisprudencial respecto a la tutela del debido proceso mediante la acción de libertad.*

*A este efecto corresponde extraer las partes esenciales de los precitados preceptos legales; en consecuencia, se tiene que el art. 125 de la Constitución, establece que: ‘Toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o* ***indebidamente procesada o privada de libertad*** *(…),* ***podrá interponer Acción de Libertad*** *(…)* ***ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal, y solicitará*** *(…)* ***se restablezcan las formalidades legales…****’; lo cual implica expresamente que, la acción de libertad se podrá activar en los siguientes supuestos:* ***1)*** *Cuando se encuentre en peligro la vida;****2)*** *Cuando exista o se denuncie persecución ilegal;* ***3)******Cuando exista o se denuncie procesamiento indebido****; y,* ***4)*** *Cuando exista amenaza o privación efectiva de la libertad; es decir que, en cualquiera de estos supuestos, podrá acudirse a la acción constitucional a efectos de que los derechos vulnerados sean protegidos o restituidos, no siendo imprescindible la concurrencia simultánea de dos o más de estos presupuestos para activar la presente acción tutelar y tampoco que se encuentren vinculados directamente con el derecho a la libertad o se desprendan de ella.*

*Efectivamente, debe considerarse, por un lado, que los supuestos de procedencia de la acción de libertad señalados en el art. 125 de la CPE y el art. 47 del CPCo, y cuando se hace referencia al indebido procesamiento, en ningún momento se condiciona la procedencia la vinculación directa con el derecho a la libertad física o personal.*

*En ese entendido, bajo una interpretación literal de dichas normas, pero también atendiendo a una interpretación teleológica de las mismas, debe señalarse que* ***la garantía del debido proceso en materia penal es tutelable por la acción de libertad, aún no exista una vinculación directa con el derecho a la libertad física o personal, siendo suficiente la existencia de una relación indirecta con dicho derecho ante la amenaza de privación de libertad que el proceso penal supone.*** *Dicho razonamiento se refuerza con lo previsto en el    art. 125 de la CPE, que determina que la acción debe ser presentada ante el juez o tribunal competente en materia penal, de donde se puede extraer que tanto la finalidad de dicha previsión como la intención del constituyente es que sean los jueces especializados en materia penal los que puedan analizar los supuestos de procedencia que se encuentran dentro del ámbito de la acción de libertad -que en su mayoría emergen de procesos penales- entre ellos el procesamiento indebido, pues, conforme al principio de especialidad, no resultaría congruente que las lesiones al debido proceso sean conocidas y resueltas a través de una acción de amparo constitucional.*

*En cuanto al debido proceso específicamente, el art. 115 de la Constitución, lo reconoce como derecho y garantiza su ejercicio y por ende su protección, haciendo efectiva la misma al imponerlo como principio ordenador de la administración de justicia y de regulación de la actividad jurisdiccional ordinaria (arts. 178.I y 180.I CPE).*

*(…)*

*Entonces,* ***el debido proceso, se constituye en el derecho atribuido a las partes procesales de hacer uso del conjunto de facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les otorga, a efectos de hacer valer sus derechos y garantías constitucionales, dentro de un proceso penal****; estas facultades, establecidas en función de los derechos, valores e intereses que se hallan sometidas al proceso, se encuentran a su vez supeditas a criterios de razonabilidad y proporcionalidad,* ***de donde se infiere entonces que, en materia penal, el conjunto de facultades y garantías que componen el derecho al debido proceso debe ser adecuado y suficientemente más amplio en mérito a los intereses que se encuentran de por medio, tales como el derecho a la libertad individual, a la libertad de locomoción, a la seguridad jurídica, a la presunción de inocencia, a la defensa, a la legalidad de las actuaciones, a la eficacia del sistema de administración de justicia y la posibilidad de acceder a una administración de justicia y obtener de ésta una pronta resolución, y, por ende, la sana convivencia social.***

*Como consecuencia,* ***el debido proceso en materia penal, constituye ante todo una limitación al poder punitivo del Estado, siendo que en su esencia comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales establecidas por el legislador a efectos de asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, siempre bajo la condicionante de proteger los derechos y garantías constitucionales de las personas; protección que abarca entre otros elementos, los principios medulares que integran su núcleo esencial: legalidad,*** *juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*De esta manera,* ***se concluye que el debido proceso penal, es una garantía procesal establecida por la Constitución Política del Estado, que tiene como objetivo proteger los derechos constitucionales que de él emergen y en ese proceso controlar la capacidad punitiva del Estado que, en su momento puede afectar la libertad personal y la presunción de inocencia de aquellos que se encuentran involucrados en una contienda judicial penal.***

*En este contexto y estando establecido que toda persona sometida a un proceso penal, se halla constitucionalmente imbuido del derecho a la defensa, a la asistencia de un abogado para su asesoramiento en las diferentes etapas del proceso, a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, a la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho,* ***en resumen del derecho a un debido proceso, se determina que, únicamente cuando se trata de materia penal, la acción de libertad es el medio idóneo, eficaz y eficiente para restablecer el debido proceso, en todos sus elementos****”* (las negrillas y el subrayado nos corresponden).

En ese sentido, las normas del Código Niña, Niño y Adolescente, hacen especial énfasis en garantizar un proceso justo y respetuoso de los derechos del infractor dentro del proceso penal adolescente y el de propender a su efectiva reinserción social, familiar y desarrollo pleno e integral. En esa perspectiva, los arts. 8 y 9 del CNNA, disponen que Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, gozan de las garantías constitucionales, las establecidas en ese Código y las leyes, siendo la obligación primordial del Estado en todos sus niveles, garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; al respecto, las normas del citado Código deben interpretarse velando por el interés superior de la niña, niño y adolescente, de acuerdo a la Constitución Política del Estado y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, cuando éstos sean más favorables. Lo cual tiene relación con los arts. 262.g) y 157 del CNNA, que determina que el adolescente en el sistema penal, desde el inicio del proceso, así como durante la ejecución de la medida socio-educativa, tienen el derecho-garantía al debido proceso, determinando que el proceso penal de adolescentes es oral, reservado, rápido y contradictorio, así como el derecho a solicitar la protección y restitución de sus derechos, con todos los medios que disponga la ley, ante cualquier persona, entidad u organismo público o privado. A su vez, el art. 141 del citado Código, señala que: **“La niña, niño y adolescente, tiene derecho a la libertad personal, sin más límites que los establecidos en la Constitución Política del Estado y en el presente Código. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente”**. Lo expuesto, guarda coherencia con los preceptos contenidos en los arts. 58 y 60 de la CPE, que consagran el interés superior de la niña, niño y adolescente, especialmente el art. 60 enuncia que: **“Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado”** (Las negrillas nos pertenecen).

En cuanto al ámbito de aplicación y los sujetos de derechos, los arts. 4.I y II, y 5 incs. a) y b) del CNNA establecen que: “I. Las disposiciones del presente Código son de orden público y de aplicación preferente a favor de todas las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional. II. En ningún caso serán restringidos los derechos de las niñas, niños o adolescentes, teniendo como argumento la distinción de las etapas de desarrollo”. “Son sujetos de derechos del presente Código, los seres humanos hasta los dieciocho (18) años cumplidos, de acuerdo a las siguientes etapas de desarrollo: a) Niñez, desde la concepción hasta los doce (12) años cumplidos; y, b) Adolescencia, desde los doce (12) años hasta los dieciocho (18) años cumplidos”. Por otra parte, el ámbito procesal se encuentra establecido por el art. 198.I. y II del referido Código, que indica: “I. La Jueza o el Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia, ejerce jurisdicción para resolver las acciones establecidas por este Código. Será competente en el ámbito territorial al que fue designada o designado. II. La Jueza o el Juez Público Mixto, será competente para resolver estos procesos en lugares donde no existan Juzgados Públicos en materia de Niñez y Adolescencia. En este caso deberá contar con el apoyo del equipo técnico interdisciplinario de la Instancia Técnica Departamental de Política Social”.

**III.4.  Sobre la presunción de veracidad de lo denunciado**

Con relación a la presunción de la veracidad de lo denunciado, la         SCP 0515/2016-S2 de 23 de mayo, señala que: *“La SCP 0591/2013 de 21 de mayo, acogiendo las líneas reiteradas por este Tribunal, estableció que: ‘Toda persona que fuera demandada dentro de cualquier proceso -judicial o administrativo- tiene el derecho a la defensa, como componente esencial de la garantía del debido proceso, este derecho ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional contenida en la SC 1534/2003-R de 30 de octubre como: «...potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos».*

*En las acciones de defensa, la autoridad o persona demandada, tiene también el derecho a la defensa, en virtud del cual presentará la prueba que considere pertinente para desvirtuar la comisión del supuesto acto ilegal denunciado en la acción de libertad; pero además,* ***tratándose de acciones de libertad, la presencia, informe y presentación de prueba se constituye en un deber procesal, que tiene la finalidad de otorgar a los jueces y tribunales de garantías, así como al propio Tribunal Constitucional Plurinacional, bases ciertas para emitir una resolución justa, bajo el principio de verdad material.***

*Así, la SCP 0087/2012 de 19 de abril, sostuvo que: «…****la parte demandada se encuentra impelida por su propio interés en presentar prueba para la desestimación de la acción de libertad cuya negligencia puede incluso dar lugar a responsabilidad constitucional, más aún cuando la acción este dirigida contra un servidor público en cuyo caso ya no se trata de una carga procesal sino un deber procesal emergente del art. 235.2 de la CPE que establece que las y los servidores públicos deben 'cumplir con sus responsabilidades, de acuerdo con los principios de la función pública'*** *y el art. 113.II que refiere: 'En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño'. Es decir, en estos últimos casos en el ámbito de sus competencias y bajo responsabilidad todo servidor público no sólo cuenta con la obligación de presentarse a la audiencia, sino presentar conjuntamente a su informe la prueba pertinente a la acción de libertad, de forma que no provoque que el juez o tribunal de garantías e incluso este propio Tribunal emitan fallos sobre prueba incierta o basados únicamente en presunciones».*

*El entendimiento jurisprudencial anotado, guarda coherencia con lo señalado por la SC 0038/2011-R de 7 de febrero, en la que se sostuvo que: «…en el caso de la acción de libertad, atendiendo especialmente a los principios de compromiso e interés social y de responsabilidad que rigen la función pública, así como a la naturaleza de los derechos tutelados por esa garantía jurisdiccional, cuando el sujeto pasivo es un funcionario público, éste tiene la obligación de presentar informe escrito o en su defecto concurrir a la audiencia a fin de desvirtuar los hechos o actos denunciados como lesivos a los derechos del accionante, pues de no hacerlo se presume la veracidad de los mismo».*

*La Sentencia citada precedentemente reiteró la jurisprudencia constitucional anterior que estableció que,* ***a falta de pruebas, se tienen por ciertos los extremos denunciados en la acción de libertad cuando la autoridad o persona demandada no asiste a la audiencia ni presta su informe de ley, o cuando en audiencia, o en su informe, confirma los actos denunciados de ilegales*** *(SSCC 1164/2003-R, 0650/2004-R, 0141/2006-R, y 0181/2010-R, entre muchas otras)’”* (las negrillas son nuestras).

**III.5.  Análisis del caso concreto**

En el caso en análisis, la representante del accionante activa la acción de libertad, denunciando la vulneración de los derechos a la libertad y al debido proceso, señalando que dentro del proceso penal seguido en su contra, el Fiscal de Materia –ahora accionado–, después de recibir su declaración informativa, mediante Resolución de 25 de julio de 2017, dispuso su aprehensión de forma ilegal aplicando el art. 226 del CPP; pese a que por memorial de 7 del referido mes y año, hizo conocer oportunamente que es menor de “16” años pidiendo que el proceso sea tramitado conforme al Código Niña, Niño y Adolescente -.

Precisados los actos lesivos denunciados, en revisión de los antecedentes se advierte que el menor cuya tutela de derechos se solicita fue procesado a instancia del Ministerio Público, por la presunta comisión de los delitos de lesiones graves y leves y violencia familiar o doméstica, previstos y sancionados por los arts. 271 y 272 bis del CP (Conclusión II.3); dentro del mismo, Patricio Pérez Colque, Fiscal de Materia de la localidad de Sica Sica del departamento de La Paz, ahora demandado, emitió la Resolución de aprehensión de 25 de julio de 2017, disponiendo la aprehensión del ahora accionante, en aplicación del art. 226 del CPP (Conclusión II.2); pese a que por memorial presentado el 7 de ese mes y año, ante la autoridad fiscal a cargo de la investigación, hizo conocer oportunamente y mucho antes de emitirse la Resolución de aprehensión, que el mismo era menor de edad correspondiendo su conocimiento al Juez de la Niñez y Adolescencia de la localidad de Sica Sica conforme establece el Código Niña, Niño y Adolescente.

En el contexto expuesto, conforme lo establece en el Fundamento Jurídico III.1 del presente Fallo, tratándose de un menor de edad o adolescente, no es aplicable el principio de subsidiariedad excepcional de esta acción de defensa, de manera tal que expuesta la demanda de acción de libertad, es preciso señalar que la Resolución de aprehensión de 25 de julio de 2017, emitida por el Fiscal de Materia ahora demandado en aplicación del       art. 226 del CPP, omitiendo la aclaración y solicitud planteada por memorial presentado el 7 de julio de 2017, mediante el cual se hizo conocer que el representado de la ahora accionante era menor de edad y que debía ser procesado conforme al Código Niña, Niño y Adolescente y ante el Juez de la Niñez y Adolescencia competente, resulta ser una lesión al debido proceso suscitado en el desarrollo de la investigación o en el proceso penal propiamente dicho; en ese sentido, el acto lesivo entendido como acto ilegal emitido por la autoridad Fiscal demandada se halla directamente vinculado al derecho a la libertad, ya que es la causa directa para su restricción o supresión; empero, en atención al razonamiento glosado en el Fundamento Jurídico III.3 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, la garantía del debido proceso en materia penal es tutelable por la acción de libertad, aun cuando no exista una vinculación directa con el derecho a la libertad física o personal, siendo suficiente la existencia de una relación indirecta con dicho derecho ante la amenaza de privación de libertad que el proceso penal supone. En el contexto expuesto, corresponde ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada a efectos de determinar si la autoridad Fiscal demandada incurrió en el acto denunciado de ilegal que afectó el derecho a la libertad y al debido proceso del menor de edad representado por la ahora accionante.

Ahora bien, emitida la Resolución de aprehensión de 25 de julio de 2017 por el Fiscal de Materia de Sica Sica, en aplicación a lo previsto por el   art. 226 del CPP, se evidencia la falta de atención al memorial presentado el 7 de julio de 2017, donde se informó que el ahora accionante “ES UN MENOR DE 16 AÑOS DE EDAD” (sic); situación que en función de la presunción de minoría de edad establecida por el art. 7 del CNNA, debía ser considerada por la autoridad demandada, a efectos de que la misma disponga el tratamiento especializado al cual los menores de dieciocho años de edad deben ser sometidos, en función al régimen especial establecido por el Código Niña, Niño y Adolescente cuyas normas son de orden público y de aplicación preferente a favor de todas las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, en atención de lo establecido por los arts. 4 y 5 del mismo Código concordantes con el art. 5 del CP; y de ser necesario, debió emitir la Resolución de aprehensión ahora denunciada, conforme a lo previsto por el art. 287.I.d. del CNNA, de acuerdo al Fundamento Jurídico III.2 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional; y por ningún motivo, emitir una Resolución vulneratoria de sus derechos, omitiendo el proceso penal aplicable y los requisitos exigidos por el citado Código, no siendo suficiente justificación el “lapsus calami” informado por el representante del Ministerio Público, donde admite la vulneración alegada por el accionante, cuando en función a lo establecido por los arts. 115.II y 225.II de la CPE, concordante con el art. 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP) -Ley 260 de 11 de julio de 2012-, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones debe regirse, entre otros por el principio de legalidad, principio medular que integra el núcleo esencial del derecho al debido proceso, por el cual todos sus actos se someten a la Constitución Política del Estado, tratados y convenios internacionales vigentes y las leyes nacionales; razonamiento, emitido conforme a los Fundamentos Jurídicos III.3 y III.4 de este Fallo, en mérito a la protección del derecho al debido proceso tratándose de menores de edad y a la presunción de veracidad de los hechos denunciados en la presente acción tutelar; en consecuencia, se evidencia la vulneración al debido proceso vinculado al derecho a la libertad del ahora accionante, por lo que, corresponde conceder la tutela solicitada.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal de garantías, al haber **denegado** la tutela solicitada, no evaluó correctamente los antecedentes de la presente acción de libertad.

**POR TANTO**

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Segunda; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado y el art. 44.2 del Código Procesal Constitucional; en revisión, resuelve:

**1º  REVOCAR en todo** laResolución 65/2017 de 26 de julio, cursante de fs. 14 a 17, pronunciada por el Tribunal de Sentencia Primero de Sica Sica del departamento de La Paz; y, en consecuencia, **CONCEDER** la tutela solicitada.

**2º** Se dispone la nulidad de la Resolución de aprehensión de 25 de julio de 2017 emitida por el Fiscal de Materia demandado.

**3°**  Llamar la atención a Patricio Pérez Colque, Fiscal de Materia de Sica Sica del departamento de La Paz, respecto a la emisión de la Resolución de aprehensión señalada, que transgredió el derecho al debido proceso, vinculado al derecho a la libertad del accionante.

**Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.**

Fdo. Dra. Mirtha Camacho Quiroga

**MAGISTRADA**

Fdo. Dr. Zenón Hugo Bacarreza Morales

**MAGISTRADO**