



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL
SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0591/2021-S4
Sucre, 22 de septiembre de 2021

SALA CUARTA ESPECIALIZADA

Magistrado Relator: René Yván Espada Navía

Acción de libertad

Expediente: 40222-2021-81-AL

Departamento: La Paz

En revisión la Resolución 09/2021 de 5 de mayo, cursante de fs. 34 a 38 vta., pronunciada dentro de la **acción de libertad** interpuesta por **Marcelo Torrelío Rodríguez** en representación sin mandato del menor **NN** contra **Gina Alison Rosales Bascope**; y, **Liliana Carolina Choque Valda, Fiscales de Materia**.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la demanda

Por memorial presentado el 4 de mayo de 2021, cursante de fs. 6 a 7 vta.; y, 9, la parte accionante, manifestó lo siguiente:

I.1.1. Hechos que motivan la acción

Siendo que su hijo menor de siete años de edad, es víctima de violencia intrafamiliar o doméstica, de la cual, hasta el día de hoy (se entiende a la presentación de esta acción de defensa), se encuentra en peligro la vida y libertad por su progenitora Gina Alison Rosales Bascope –hoy codemandada–, misma que está siendo procesada dentro de la causa signada “**CUD.: 201102012102533**” (sic) (proceso penal por el delito de violencia familiar o doméstica, previsto en el art. 272 bis del Código Penal (CP), denuncia admitida, bajo la dirección de Liliana Carolina Choque Valda, Fiscal de Materia –ahora demandada–; ésta emitió Medidas de Protección el 19 de abril de 2021, a favor del menor de edad, es decir de su hijo, que consiste en la prohibición de: **a)** De comunicarse directa o indirectamente y por cualquier medio con la víctima; **b)** De intimidar por cualquier medio o a través de terceros con la víctima, así como a cualquier integrante de su familia; **c)** De acercarse, en el radio de distancia que determina la Jueza o el Juez al lugar de la residencia de trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la víctima; **d)** De transitar

por los lugares de recorrido frecuente de la víctima; y, **e)** De concurrir o frecuentar lugares de custodia, albergue, estudio o esparcimiento a los que concurra la víctima.

Medidas de protección, que fueron notificadas a la hoy codemandada (Gina Alison Rosales Bascope) el 4 de mayo de igual año, por el investigador asignado al caso "Eddy Mamani", funcionario policial; sin embargo, teniendo conocimiento la nombrada Fiscal de Materia el cumplimiento de dicho acto procesal, no realizó ningún tipo de verificativo o hizo material las medidas de protección, entrando en contravención con el Código de Procedimiento Penal modificado por la Ley 348; toda vez que, el requerimiento es expreso y determina que dichas medidas de protección son de inmediato cumplimiento.

Señaló que la codemandada, arbitrariamente le restringió el poder ver a su hijo, desde hace cinco semanas, reteniendo al menor inclusive sin dejarle comunicarse con él por teléfono y mucho menos abrirle la puerta de su casa, siendo evidente la retención de su hijo menor bajo su poder de forma abusiva, arbitraria y con total riesgo; toda vez que, la prenombrada está siendo investigada por incurrir en hechos de violencia física y psicológica en contra del niño de siete años de edad.

Alegó, que el 3 de mayo de 2021, la codemandada, allanó su domicilio, ubicado en la zona de Mallasa Retamani IV (de la ciudad Nuestra Señora de La Paz), en compañía de su hijo menor, al cual utilizó para amenazarlo; por haberla denunciado; que además de ver dónde vivía su persona, recibió insultos de manera violenta, llegando casi a agredirle; posteriormente, se retiró llevándose al menor, encontrándose hasta el día de hoy desaparecido (4 de mayo de 2021).

Finalmente, invocando la acción de libertad de carácter instructivo, pidió celeridad al tratarse de un niño que se encuentra dentro de un sector vulnerable de la sociedad y por el cual el Estado debe de agotar todos los mecanismos para resguardar y proteger el derecho a la libertad y, por sobre todo, su derecho a la vida.

I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

La parte accionante, alegó la lesión de los derechos del menor NN de siete años de edad, a la vida y a la libertad, citando al efecto los arts. 60 y 61 de la Constitución Política del Estado (CPE).

I.1.3. Petitorio

Solicitó se conceda la tutela impetrada; y en consecuencia, se ordene: **1)** La entrega inmediata del menor, mediante el Ministerio Público, a fin de materializar las medidas de protección impuestas por la citada autoridad Fiscal; **2)** Al representante del Ministerio Público, efectivizar las medidas de protección; y, **3)** La emisión de todos los requerimientos pendientes a efectos de evitar una demora en la investigación.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

Celebrada la audiencia virtual el 5 de mayo de 2021, según consta en el acta cursante de fs. 30 a 33 vta., presentes la parte impetrante de tutela asistido por su abogado, así como la autoridad del Ministerio Público –ahora demandada– y Gina Alison Rosales Bascope, codemandada; se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación de la acción

La parte solicitante de tutela, a través de su abogado en audiencia, se ratificó in extenso en su demanda de acción de libertad.

I.2.2. Informe de la autoridad y la persona demandadas

Liliana Carolina Choque Valda, Fiscal de Materia, mediante informe escrito de 5 de mayo de 2021, cursante a fs. 28 y vta., y en audiencia refirió que: **i)** Cursa en su despacho el caso 201102012102533, seguido por el Ministerio Público a instancia del hoy accionante contra Gina Alison Rosales Bascope, por el delito de violencia familiar o doméstica, previsto y sancionando por el art. 272 bis del CP, en el cual emitió medidas de protección a favor del menor víctima el 19 de abril de 2021; **ii)** No tiene ningún informe del investigador asignado al caso, que conste la notificación con las medidas de protección al “denunciado”, teniendo únicamente informe de 4 del mismo mes y año, donde el prenombrado investigador, solicitó una nueva citación y de que ya se diligenció el requerimiento de técnicos auxiliares; por lo que, en ese entendido no se tiene plenamente establecido si la “suscrita” (Gina Alison Rosales Bascope) tuvo o no conocimiento de las medidas de protección; por lo cual, en su caso recién llegará el informe por parte de la plataforma de la “fiscalía de la ciudad de La Paz” (sic); **iii)** Los requerimientos referidos por el impetrante de tutela, fueron entregados en su totalidad conforme consta en el cuaderno de investigaciones; **iv)** El ahora solicitante de tutela no realizó las acciones idóneas y legales ante la autoridad jurisdiccional, en consecuencia, el Ministerio Público se sujeta en base al control jurisdiccional, debiendo previamente el prenombrado, acudir a la vía pertinente; **v)** Este medio constitucional, no es la herramienta a efectos de denunciar una violación a sus derechos, existiendo mecanismos legales, para determinar la responsabilidad del mismo; y, **vi)** Solicitó se deniegue la tutela impetrada; toda vez que, se sujetó a los institutos del Código de Procedimiento Penal y el cuaderno de investigaciones, debiendo el accionante acudir previamente a la autoridad jurisdiccional competente.

En su derecho a la réplica manifestó que, no han sido notificadas las partes con las medidas de protección; toda vez que, no se tiene informe aun por parte del investigador asignado al caso; asimismo, se tiene como control jurisdiccional la señalada causa en el “ Juez de Instrucción Anticorrupción y Contra la Violencia Hacia La Mujer N° 5 de la ciudad de La Paz” (sic).

Gina Alison Rosales Bascope, a través de su abogado en audiencia, señaló que: **a)** Respecto al incumplimiento de las medidas de protección, refiriéndose al proceso penal que tiene vinculación con la presente acción de defensa, sostuvo que se tiene a un Juez y Fiscal de Materia que investigan el hecho ocurrido en el domicilio del accionante; además, de existir un acuerdo primigenio entre el

impetrante de tutela y esta; **b)** Sobre el allanamiento al domicilio del solicitante de tutela, solo fue con el fin, de que el prenombrado pueda ver al menor y que el niño tome contacto con su padre; **c)** Después de ser notificada con las medidas de protección, inmediatamente "... le ha establecido que el día jueves hay una audiencia..." (sic), con la Defensoría de la Niñez para definir su situación; además, de que existe un Juez especializado que tiene conocimiento de dicha causa; **d)** Por principio de subsidiaridad la presente acción de libertad no cumplió; puesto que, el "Juez cautelar", no emitió ninguna determinación que vincule al Fiscal de Materia a que exija el cumplimiento de las medidas cautelares o que dicha autoridad judicial disponga directamente una medida de protección a favor del menor víctima dentro del caso; **e)** No existió ningún allanamiento al domicilio del impetrante de tutela, puesto que, ella está a cargo de la guarda formalmente del menor, reconocida por el Juez Público de Familia Séptimo del departamento de La Paz; dentro de ese proceso se determinó una modificación a las visitas; **d)** Por antecedentes de un posible caso de abuso sexual cometido por el padre del menor –hoy accionante– las visitas están sujetas a modificación solicitadas por ella, es así que de forma transitoria, ofreció al padre de su hijo, tener ese tipo de contacto, en tanto se resuelva en el referido Juzgado el régimen de visitas, por lo que, el solicitante de tutela permitió de forma consentida el ingreso de ella y su hijo –se entiende al domicilio del ahora impetrante de tutela–, teniendo una relación entre estos bajo un régimen de seguridad del menor, ante los hechos de una denuncia de abuso sexual, no pudiendo dejar a su hijo solo y expuesto ante la situación de que su progenitor estuviera implicado en dicha denuncia; **e)** La Defensoría de la Niñez y Adolescencia, inició una investigación penal, mucho antes del actual proceso penal; en consecuencia, se pretende sorprender a la Fiscal de Materia, ahora demandada; **f)** El proceso iniciado por el accionante, es en represalia a todo el accionar independiente, imparcial y neutral de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia; dado que, "el día de los hechos", se tuvo una reunión con la citada Defensoría, de la cual se tiene un acta, donde se consta que se acordó con el impetrante de tutela dicha situación; por lo que, "...no ha habido ningún acceso de esa forma..." (sic), solamente que el padre pueda ver que su hijo no se encontraba mal y tampoco está en ninguna situación de peligro, como se denuncia actualmente; **g)** Se consideró por dicho Tribunal de garantías, "que este en conocimiento de un Juzgado Familiar" (sic), del cual se tiene ratificado el régimen de visitas; y, **h)** Solicitó que no otorgue la tutela solicitada; toda vez que, la medidas provisionales de protección están sujetas a la homologación de un "Juez de Garantías" que está a cargo de la investigación penal.

I.2.3. Resolución

La Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, constituida en Tribunal de garantías, mediante Resolución 09/2021 de 5 de mayo, cursante de fs. 34 a 38 vta., **concedió en parte** la tutela impetrada, con relación al Ministerio Público –autoridad hoy demandada–, **ordenando** a este, de forma inmediata la notificación con las medidas de protección a la parte denunciada en dicho proceso penal, y a su vez, el conocimiento también

de la autoridad jurisdiccional a los efectos del art. 389 bis y ter del CPP incorporado por la Ley de Abreviación Procesal Penal de Fortalecimiento de la Lucha Integral Contra la violencia a Niñas, Niños, Adolescentes y Mujeres –Ley 1173 de 3 de mayo de 2019–; y **denegó** la tutela solicitada, referente a Gina Alison Rosales Bascope –ahora codemandada–; determinación con base a los siguientes fundamentos: **1)** Se evidencia de la existencia de un proceso penal en contra de la codemandada (Gina Alison Rosales Bascope), por el delito de violencia familiar o doméstica, previsto en el art. 272 bis del CP, siendo víctima el hijo menor de siete años de edad del accionante, con inició de investigación el 15 de abril de 2021 en el Juzgado de Instrucción Anticorrupción y Contra la Violencia Hacia la Mujer Quinto del departamento de La Paz; **2)** El 19 de igual mes y año, se dispuso la aplicación de medidas de protección, a favor del menor, que a decir de la autoridad fiscal demandada, dichas medidas no fueron notificadas a la parte denunciada, como tampoco se tiene la homologación de las mismas a la autoridad competente referida anteriormente, siendo ese el estado de la causa; **3)** La autoridad demandada que dispuso las medidas de protección, debe comunicar al “Juez de Instrucción” a objeto del control de legalidad, para su ratificación, modificación o revocatoria; toda vez que, en protección de la niñez y adolescencia, de manera inmediata la Fiscalía, la Policía Boliviana, Defensoría de Niñez y Adolescencia y Servicio Legal Integral Municipal (SLIM), puedan dictar o aplicar de manera directa las referidas medidas de protección, y cuando las mismas son impuestas son de cumplimiento obligatorio, que a su vez, también deberá de ser de pleno conocimiento de la parte denunciada, a efectos de su acatamiento de dichas medidas; **4)** Tratándose de un niño víctima de violencia familiar o doméstica, que siendo el bien jurídico protegido la integridad física corporal, más allá de su salud, con relación a su vida, la representante del Ministerio Público, ahora demandado, que dispuso las medidas de protección a favor del menor, se advierte que no realizó la notificación a la parte denunciada para su cumplimiento, siendo obligación de manera inmediata por este, en total protección de garantizar la integridad y la vida de la víctima niña, niño o adolescente, pero aún no se homologó ante la autoridad jurisdiccional las mismas, que por lógica, se advierte el incumplimiento de estas medidas de protección, mientras la parte denunciada desconozca dicha situación; **5)** Hechos que dan lugar a que esté en riesgo la integridad de la víctima menor de siete años, siendo que el actuar omisivo del Ministerio Público, lesionó los derechos fundamentales que tiene este sector vulnerable de la sociedad; **6)** Conforme a la Ley 1173, que establece las medidas de protección, han sido impuestas para una aplicación inmediata con conocimiento de la parte denunciada, siendo ya más doce días, que hasta la presente (5 de mayo de 2021) no se notificó con la misma, para su cumplimiento, como tampoco fue homologado por la autoridad jurisdiccional competente; **7)** En cuanto al principio de subsidiariedad, debe tener conocimiento el “Juez de Instrucción en lo Penal” este asunto; en virtud, de que cuando se trata de sectores vulnerables de la sociedad como es la niñez y la adolescencia, no es necesario agotar la subsidiariedad, en razón a que merecen protección directa de sus derechos, al respecto el art. 60 de la CPE, establece el principio del interés superior de la niñez, y que la misma merece un justicia rápida, pronta, oportuna y especializada, donde las autoridades jurisdiccionales tienen la obligación de protegerlos; **8)** Bajo mandato de la Resolución 296/2020 de 19 de noviembre, emitido por el Juez Público de Familia Séptimo del departamento de

La Paz, la codemandada (Gina Alison Rosales Bascope), contaría con la tenencia del menor, que ante el desconocimiento de las medidas de protección dispuestas por el Ministerio Público, y su falta de notificación con las mismas, no se pudo aducir a la referida codemandada su infracción a dichas medidas para que esta pueda cumplir; razón por la cual, no tendría ninguna responsabilidad por su desconocimiento; y, **9)** En cuanto al allanamiento del domicilio del hoy impetrante de tutela el (3 mayo de 2021), por la citada codemandada, conjuntamente con su hijo, en la cual se le amenazó al accionante contra su integridad y su vida, hechos que el prenombrado tiene las vías legales, para ser prevalecer dichas situaciones y sus derechos, por lo cual no es causal de procedencia en una acción de libertad en favor de una niña, niño o adolescente, que el presente caso amerita; y, **10)** Ante el incumplimiento de las medidas de protección a favor de la víctima y desconocimiento de la autoridad jurisdiccional, se le estarían vulnerando su derecho del mismo, al acceso a una justicia, rápida, pronta, especializada y oportuna; protección que debe otorgar todo el sistema judicial conforme lo establece el art. 60 de la CPE y ante el incumplimiento de dichas medidas, por falta de celeridad de los actuados, ponen en riesgo la integridad y consecuentemente la vida del menor.

II. CONCLUSIONES

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

- II.1.** Cursa fotocopias de Cédula de Identidad correspondiente a Marcelo Torrelío Rodríguez, –padre y ahora accionante– y del menor NN, en la que se advierte la edad de siete (7) años de edad de éste (fs. 1 a 2).
- II.2.** Por Resolución 296/2020 de 19 de noviembre, el Juez Público de Familia Séptimo del departamento de La Paz, dentro del proceso de incremento de asistencia familiar, a instancia de Gina Alison Rosales Bascope –hoy codemandada– contra el impetrante de tutela; dispuso la modificación en cuanto al régimen de visitas del referido menor por parte del accionante, los días domingos de 10:00 a 18:00, mientras la prenombrada tenga su residencia en la ciudad Nuestra Señora de La Paz, manteniendo los demás términos vigentes, establecidos en el Acuerdo Regulador de 18 de septiembre de 2017, suscrito entre estos (fs. 11 a 14).
- II.3** Mediante memorial presentado ante el Ministerio Público, el hoy solicitante de tutela formuló denuncia por la comisión de delito de violencia familiar o doméstica, en contra de la ahora codemandada (Gina Alison Rosales Bascope), por maltrato y amedrentamiento tanto física, como psicológica, contra el impetrante de tutela y su hijo menor; solicitando a su vez el inicio de las investigaciones, se disponga inmediatamente medidas de protección y otros (fs. 19 a 20 vta.).

- II.4.** Cursa Informe de inicio de investigaciones, de 15 de abril de 2021 presentado por Juana Fidelia Gómez Nolasco, Fiscal de Materia, al Juzgado de turno del departamento de La Paz, por el delito de violencia familiar o doméstica a denuncia de Marcelo Torrelio Rodríguez, contra Gina Alison Rosales Bascope (fs. 15).
- II.5.** Consta Estado del Caso con Código 2011020112102533, de la cual se advierte como última actividad el 15 de abril de 2021 (con inicio de investigaciones) por Liliana Carolina Choque Valda, Fiscal de Materia asignada al caso –autoridad ahora demandada–, dentro del proceso de violencia familiar o doméstica a denuncia del accionante contra la referida codemandada, radicado en el Juzgado de Instrucción Anticorrupción y Contra la Violencia Hacia la Mujer Quinto del departamento de La Paz (fs. 16 a 18).
- II.6.** Cursa Medidas de Protección de 19 de abril de 2021, emitida por la señalada autoridad Fiscal, medidas provisionales de protección a favor de la víctima NN de siete años de edad representada por el hoy impetrante de tutela; debiendo cumplir la denunciada (Gina Alison Rosales Bascope) consistente en: " **3)** Prohibición de comunicarse directa o indirectamente y por cualquier medio con la víctima; **4)** Prohibición de intimidar por cualquier medio o a través de terceros personas a la víctima, así como a cualquier integrante de su familia; **8)** Prohibición de acercarse, en el radio de distancia que determina la jueza o el juez al lugar de la residencia de trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la víctima; **9)** Prohibición de transitar por los lugares de recorrido frecuente de la víctima; y, **10)** Prohibición de concurrir o frecuentar lugares de custodia albergue, estudio o esparcimiento a lo que concurra la víctima" (sic); con la aclaración que las medidas de protección son de carácter provisional y de cumplimiento inmediato, de lo cual se deberá solicitar la homologación ante el Órgano Jurisdiccional, debiendo notificarse y cumplirse en el día, a las partes procesales para su cumplimiento, por parte del investigador asignado al caso (fs. 22).
- II.7.** Bajo Requerimiento de Directrices el 19 de abril de 2021, la citada Fiscal de Materia, requirió el inicio de investigación preliminar, por el Investigador asignado al caso, debiendo este cumplir entre otras, el "numeral 9" que dispone lo siguiente: "Notifíquese ambas sujetos procesales con las medidas de protección" (sic), debiendo éste elevar informe respectivo en el plazo de ocho días, bajo su responsabilidad funcionaria en conformidad con el art. 154 del CP (fs. 21).
- II.8.** Por memorial de 27 de dicho mes y año, Liliana Carolina Choque Valda, Fiscal de Materia, solicitó al Juez de Instrucción Anticorrupción y Contra la Violencia Hacia la Mujer Quinto del departamento de La Paz, además de la ampliación del plazo de investigación en el citado proceso de violencia, requirió la homologación de las medidas de protección de

carácter provisional, dispuestas por la referida autoridad, a favor de la víctima (fs. 25).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El accionante, alega la vulneración del derecho del menor NN de siete años de edad, a la vida y a la libertad; debido a que, teniendo conocimiento la autoridad, hoy demandada, de la notificación con las medidas protección a la denunciada (Gina Alison Rosales Bascope) –hoy codemandada–, dichas medidas dispuestas a favor de su hijo menor, la mencionada autoridad no realizó ningún tipo de verificativo ni material de las mismas; toda vez que, son de inmediato cumplimiento; además, de recibir amenazas, llegando casi a ser agredido físicamente, por parte de Gina Alison Rosales Bascope, con la utilización de su hijo en el allanamiento de su domicilio, menor que hasta la presentación de esta acción de tutela, se encuentra desaparecido.

En consecuencia, corresponde analizar, en revisión, si lo alegado es evidente, a fin de conceder o denegar la tutela impetrada.

III.1. Alcance de la protección del derecho a la vida, vía acción de libertad

Conforme a la naturaleza jurídica de la acción de libertad, constitutiva de un mecanismo de defensa constitucional rápido y carente de formalismos, encaminado al resguardo de la vigencia y ejercicio de los derechos a la vida, la libertad personal y de locomoción, la SCP 0129/2015-S3 de 10 de febrero, estableció, específicamente con relación a la tutela del primero de los derechos nombrados, a través de la presente acción de defensa, luego de un amplio desarrollo jurisprudencial, que: *“...Sobre el derecho a la integridad física, el artículo 15.I de nuestra Norma Suprema establece que: ‘Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual, y que nadie será torturado ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes’. El segundo párrafo señala que: ‘Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad’, y finalmente el párrafo tercero: ‘El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado’, delimitando así la Norma Suprema que el derecho a la integridad personal, está compuesto por tres vertientes: física, psicológica y sexual.*

Estas vertientes fueron desarrolladas por el Tribunal Constitucional en la SC 1891/2011-R del 7 de noviembre, expresando que la integridad personal es un derecho inherente a la persona; implica su preservación física, psíquica y sexual, e incluye el reconocimiento de la dignidad

inherente al ser humano, y, por lo tanto, se traduce en el derecho a no ser víctima de ningún dolor o sufrimiento físico, psicológico o agresión sexual; Así concretamente señalo:

'La integridad física hace referencia a la plenitud corporal del individuo, por ello toda persona tiene derecho a ser protegida contra agresiones que puedan provocar lesiones en su cuerpo, causándole dolor físico o daño a su salud.

La integridad psicológica ésta referida al conjunto de facultades intelectuales y emocionales; su inviolabilidad se relaciona con el derecho a no ser obligado o manipulado mentalmente contra su voluntad.

Finalmente, la integridad sexual está referida a la protección al derecho de las personas a tener capacidad para expresarse válidamente, a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad...'

*(...) en la SCP 0264/2014 de 12 de febrero, [se] **estableció que el derecho a la vida guarda íntima relación con otros Derechos Humanos, como son la integridad física y la salud, los cuales gozan de protección por el orden constitucional vigente, señalando que a través de la acción de libertad es posible tutelar tal derecho, aun cuando este no esté relacionado con el derecho a la libertad**, indicando concretamente que: 'Como se advierte de lo establecido por la jurisprudencia constitucional la vida al ser un derecho primario del ser humano, se encuentra directamente vinculada a otros elementos que la conforman como es la integridad física y la salud que igualmente es un derecho de la persona, por lo que de igual forma goza de protección por el orden constitucional vigente, toda vez que le impele al Estado no solo la proteja sino también la garantice, efectivizándose, entre una de sus manifestaciones, en la asistencia médica que requiere la persona que se ve afectada en su salud'.*

En virtud a la tutela que brinda la acción de libertad, respecto al derecho a la vida y también a la integridad física o personal, esta acción tutelar es concebida como una acción esencial y, por lo mismo, debe señalarse que si bien su génesis como garantía jurisdiccional está asociada con la defensa del derecho a la libertad física y personal; no es menos cierto que, dado el carácter primario y básico del derecho a la vida, del cual emergen el resto de los derechos, la acción de libertad también se activa en los casos en que exista un real peligro para éste, pudiendo incluso prescindirse del cumplimiento de formalidades procesales".

III.2. La inaplicabilidad de la subsidiariedad excepcional en acción de libertad: Grupos vulnerables

Teniendo presente que la acción de defensa en análisis está destinada a garantizar, proteger o tutelar los derechos humanos a la vida, integridad física, libertad personal y de circulación, está desprovista de exigencias procesales rigurosas que impidan el acceso inmediato a la justicia constitucional, a efectos de lograr una tutela efectiva, eficaz y rápida, precisamente por la naturaleza de los referidos derechos; en consecuencia, como regla general, no es aplicable la subsidiariedad para su interposición; sin embargo, existen casos por los cuales, de manera excepcional se exige el agotamiento de mecanismos procesales ordinarios antes de su activación.

En ese sentido y considerando que dicha excepcionalidad de modo alguno puede aplicarse en determinadas circunstancias, es preciso acudir al razonamiento jurisprudencial establecido en la SCP 2453/2012 de 22 de noviembre, que al respecto concluyó: **"...la aplicación de la subsidiariedad excepcional de la acción de libertad, se encuentra limitada no sólo por el cumplimiento de los supuestos que le rigen, sino también por determinadas circunstancias donde se constate que el agraviado y/o accionante, está frente a un daño irreparable; ya sea por la naturaleza de los derechos que se denuncian vulnerados (como es el derecho a la vida que no admite restricciones en su ejercicio); por el grado de indefensión del agraviado y/o accionante (evidente negligencia o dilación de autoridades que rigen la actividad procesal penal, falta de defensa idónea, etc.); o por la vulnerabilidad del agraviado -y/o accionante- (menores de edad, mujeres embarazadas o con hijos lactantes, personas de la tercera edad, enfermos graves o personas que merezcan protección especial del Estado).** Circunstancias en la cuales, aun concurriendo los supuestos de aplicación de la subsidiariedad excepcional, corresponde ingresar al análisis del fondo, sea concediendo o negando la tutela.

Al respecto, la antes citada SCP 0209/2012, ha establecido los siguientes casos: *"...pese a existir las excepciones antes expuestas, no es posible aplicar las mismas, sino que, corresponde ingresar al análisis de fondo, sea concediendo o denegando la tutela solicitada, en los siguientes casos:*

a) Cuando está en peligro el derecho a la vida a causa de la lesión al derecho a la libertad por la persecución, procesamiento o detención indebidas.

b) Cuando hay detención efectiva y evidente negligencia o dilación por parte de las autoridades que rigen la actividad procesal penal, -por ejemplo si fijan audiencias de consideración con plazos no razonables, la injustificada suspensión, entre otras circunstancias-.

c) Si existe amenaza o privación al derecho a la libertad física, provocada por un procesamiento indebido, y el agraviado -o accionante-, está en absoluto estado de indefensión, sin posibilidad de defensa idónea en el proceso ordinario, y el hecho denunciado es la causa directa de esa situación de emergencia, amenaza o lesión relacionada a la libertad física’.

*Por su parte la SC 0255/2011-R, de 16 de marzo, **ha descrito la inaplicabilidad de la subsidiariedad excepcional en razón al grado de vulnerabilidad del agraviado y/o accionante, al afirmar: ‘No obstante, como se indicó, la subsidiariedad es una excepción y no la regla, por tanto y como ya se estableció en las sentencias indicadas, dados los derechos tutelados por la acción de libertad, en los casos de que inclusive existan medios procesales idóneos dentro del proceso ordinario, si los mismos resultan ineficaces para la tutela dada las circunstancias del caso, como por ejemplo tratándose de medidas cautelares aplicadas a menores de edad, mujeres embarazadas o con hijos lactantes, a personas de la tercera edad, enfermos graves, o que tengan la vida en situación de peligro, dada su situación de riesgo por esa situación natural; no les es aplicable la subsidiariedad excepcional; pues al merecer protección especial del Estado por su condición que los coloca en desventaja frente al resto de la población, esos derechos se trasladan al ámbito proceso penal y conlleva a la aplicación de la regla y no así de la excepción’**(el resaltado es nuestro).*

III.3. Los estándares normativos de protección y jurisprudencia generada sobre los derechos de las niñas y adolescentes

La SCP 363/2019-S3 de 29 de julio, señala que: “Los estándares de protección existentes en el ámbito internacional, constituyen fuente de obligación para el Estado Boliviano a partir de los principios contenidos en los arts. 13 y 256 de la CPE. En ese sentido, existe una serie de instrumentos que tienen especial relevancia en la protección de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual y con acogimiento circunstancial mismos que servirán como parámetro normativo y jurisprudencial para el caso que se analiza.

En este entendido, en el ámbito interamericano, la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes encuentra su sustento jurídico, en las disposiciones contenidas en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que remarca que los niños tienen derecho a las medidas de protección, que su condición de menores, requieren por parte de su familia, la sociedad y del Estado. En similar sentido, el art. 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, reconoce por un lado, el derecho a medidas de protección; y por otro, incorpora explícitamente una

obligación para el Estado respecto a adoptar medidas especiales de protección a fin de garantizarles el pleno desarrollo de sus capacidades física, intelectual y moral. Asimismo, el art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), por su parte hace referencia a la protección y cuidado especial del que gozan los niños; de igual modo, la Declaración de los Derechos del Niño, incorpora entre sus principios, el derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación; y, el deber de ser siempre los primeros en recibir protección y socorro.

La Convención sobre los Derechos del Niño, de la misma forma que los otros instrumentos de derechos humanos, orienta y limita los actos del Estado, sus instituciones y particulares, así como le impone deberes que suponen la creación de las condiciones jurídicas, institucionales, culturales y económicas, para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, entre ellas, la dispuesta en su art. 39, que señala: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso (...) Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño" (el subrayado es nuestro).

En esta misma línea, la referida Convención incorpora entre los principios básicos de la protección integral, a los de protección especial y de efectividad.

El principio de protección especial consignado a lo largo de todo el articulado de la Convención, acuerda medidas especiales de protección o adicionales, reafirmando en primer lugar, la aplicación de aquellos derechos ya reconocidos a los seres humanos en general; y en segundo lugar, establece normas que atañen exclusivamente a la niñez, que representa una protección adicional, basadas en una atención positiva y preferencial de los niños que se encuentran en situaciones de desprotección, para restituir esta condición a parámetros normales de protección.

A su vez, a través del principio de efectividad que se halla inserto en la disposición del art. 4 del citado instrumento jurídico, se prescribe de manera imperativa la tarea de adoptar mecanismos de cualquier índole, tendientes a lograr la efectividad de los derechos de los niños y desarrollo de garantías, incluidas institucionales, administrativas y legislativas.

Descritas las normas internacionales sobre la protección de niñas, niños y adolescentes, cabe hacer referencia a las similares normas acogidas por el Estado Plurinacional de Bolivia que tiene desarrollado una sección referente exclusivamente a los derechos de la niñez y adolescencia, cuyo

art. 60 de la CPE, sostiene: "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 la 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 son nuestras).

Conforme a dicha norma, el constituyente boliviano estableció que las niñas, niños y las y los adolescentes gozan de especial protección y atención de sus derechos, mediante la corresponsabilidad del Estado en todos sus niveles, las familias y la sociedad, teniendo que asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, ser atendidos con preferencia en centros de salud, en la escuela, las entidades judiciales, la Policía Boliviana, entre otros.

A la luz de estos paradigmas internacionales y nacionales, se promulgó la Ley 548 de 17 de julio de 2014 "Código Niña, Niño y Adolescente" y la Ley 348 de 9 de marzo de 2013 "Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia", leyes que tienen por finalidad dar concreción a los derechos de las mujeres, de las niñas y adolescentes".

III.4. Medidas de Protección emitidas por Fiscales de Materia, y su procedimiento, en aplicación de la Ley 1173 de 3 de mayo de 2019 –Ley de Abreviación Procesal Penal y de Fortalecimiento de la Lucha Integral Contra la Violencia a Niñas, Niños, Adolescentes y Mujeres–

La Ley 1173 en su Artículo 14, incorpora en el Título IV "Modificaciones al Procedimiento Común" de la Segunda Parte del Libro II del Código de Procedimiento Penal, Ley 1970 de 25 de marzo de 1999, los arts. "389, 389 bis, 389 ter...", cuyas disposiciones quedarán redactas en los siguientes términos:

"Artículo 389. (APLICACIÓN) I. Cuando se trate de delitos vinculados a las distintas formas de violencia contra niñas, niños, adolescentes o mujeres, se aplicarán las medidas de protección especial establecidas en los siguientes Artículos, a fin de evitar que el hecho produzca mayores consecuencias, que se cometan nuevos hechos de violencia, reducir la situación de vulnerabilidad de la víctima y otorgarle el auxilio y protección indispensable en resguardo de su integridad.

II. Las medidas de protección especial son independientes y tienen finalidad distinta que las medidas cautelares personales previstas en este Código.

Artículo 389. bis. (MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPECIAL). I. Además de las medidas de protección previstas en el Código Niña, Niño y Adolescente, y en la Ley N° 348, la jueza o el juez al tomar conocimiento de delitos previstos en el Artículo precedente, de oficio o a pedido de parte, de la víctima o de su representante, sin necesidad de que se constituya en querellante, podrá aplicar al imputado las siguientes medidas de protección especial:
Para niñas, niños o adolescentes:

1. Salida o desocupación del domicilio donde habita la víctima, independientemente de la titularidad del bien inmueble;
2. Prohibición de ingreso al domicilio de la víctima, aunque se trate del domicilio familiar;
3. Prohibición de comunicarse directa o indirectamente y por cualquier medio con la víctima;
4. Prohibición de intimidar por cualquier medio o a través de terceras personas a la víctima, así como a cualquier integrante de su familia;
5. Suspensión temporal del régimen de visitas, guarda o custodia y convivencia con la víctima; medida que se mantendrá hasta tanto se resuelva en la jurisdicción correspondiente.
6. Prohibición de interferir, de cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de la víctima;
7. Devolución inmediata de objetos y documentos personales de la víctima;
8. Prohibición de acercarse, en el radio de distancia que determine la jueza o el juez, al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la víctima;
9. Prohibición de transitar por los lugares de recorrido frecuente de la víctima;
10. Prohibición de concurrir o frecuentar lugares de custodia, albergue, estudio o esparcimiento a los que concurra la víctima;
11. Someterse a programas de tratamiento reflexivos, educativos o psicológicos tendientes a la modificación de conductas violentas y delictuales;
12. Fijación provisional de la asistencia familiar, cuando la persona imputada sea el progenitor; y,
13. Fijación provisional de la guarda, debiendo otorgar inmediato aviso a la jueza o juez en materia de la niñez y adolescencia, y a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia; en caso de delito de feminicidio cometido por el cónyuge o conviviente, la guarda provisional de la niña, niño o adolescente, se

otorgará en favor de los abuelos u otro familiar cercano por línea materna, con el acompañamiento de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, debiendo otorgar inmediato aviso a la jueza o juez en materia de la niñez y adolescencia, y ordenar que toda la familia ingrese al sistema de protección de víctimas y testigos del Ministerio Público.

La fijación provisional dispuesta, se mantendrá hasta tanto el juez de la niñez y adolescencia resuelva.

Constituirá también medida de protección especial, en favor de niñas, niños, adolescentes o mujeres la restitución de la víctima al domicilio que habría abandonado o del cual habría sido expulsada a consecuencia del hecho de violencia, garantizando su vida, seguridad e integridad.

(...)

II. Se podrá imponer una sola de las medidas señaladas o varias de ellas, según resulte más adecuado al caso concreto y con la debida fundamentación para cada una de ellas. **Estas medidas son de cumplimiento inmediato y obligatorio pudiendo recurrirse al auxilio de la fuerza pública para su ejecución.**

(...)

"Artículo 389 ter. (URGENCIA Y RATIFICACIÓN).

I. En casos de urgencia o habiéndose establecido la situación de riesgo en la que se encuentra la víctima y cuando las circunstancias del caso exijan la inmediata protección a su integridad, las medidas previstas en el Parágrafo I del Artículo precedente podrán ser dispuestas por la o el fiscal, la servidora o el servidor policial o cualquier otra autoridad prevista para la atención a mujeres en situación de violencia y para la defensa de los derechos de la niñez y adolescencia, que tomen conocimiento del hecho, excepto las medidas contempladas en los numerales 5, 6, 11, 12 y 13 tratándose de medidas previstas en favor de niñas, niños o adolescentes (...)

II. Dentro de las **venticuatro (24) horas siguientes de impuesta la medida, la o el fiscal,** la servidora o el servidor policial o la autoridad no jurisdiccional que la dispuso, **comunicará a la jueza o juez de instrucción, a objeto del control de legalidad y su consiguiente ratificación, modificación o revocatoria.** La jueza o el juez atendiendo a las circunstancias del caso, podrá resolver la cuestión en audiencia pública siguiendo el procedimiento para la aplicación de medidas cautelares, o podrá resolverla sin audiencia, en cuyo caso dictará la resolución dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la comunicación."

III.5. Análisis del caso concreto

La parte accionante, alega la vulneración del derecho del menor NN de siete años de edad, a la vida y la libertad; debido a que, teniendo conocimiento la autoridad fiscal, hoy demandada, de la notificación con las medidas protección a la denunciada (Gina Alison Rosales Bascope) –hoy codemandada–, dichas medidas dispuestas a favor de su hijo menor, la mencionada autoridad no realizó ningún tipo de verificativo ni material de las mismas; toda vez que, son de inmediato cumplimiento; además, de recibir amenazas, llegando casi a ser agredido físicamente, por parte de Gina Alison Rosales Bascope, con la utilización de su hijo en el allanamiento de su domicilio, menor que hasta la presentación de esta acción de tutela, se encuentra desaparecido.

Causales de activación

Tal como se desarrolló en el Fundamento Jurídico III.2 del presente fallo constitucional, este Tribunal, en coherencia con el sistema de protección de los derechos humanos, ha desarrollado ciertos casos en los que excepcionalmente puede abstraerse del principio de subsidiariedad, cuando se trata de analizar problemáticas en las que se encuentren involucrados derechos fundamentales y garantías constitucionales de grupos prioritarios o sectores de vulnerabilidad de la sociedad, dado que, por las particularidades de éstos, merecen una atención especial y oportuna en su defensa.

En ese orden, de los antecedentes aparejados al expediente, es posible evidenciar que el accionante activó la presente acción tutelar, en defensa de los derechos de su hijo menor NN, alegando que se encuentra en peligro su vida y retenido a su libertad, por parte de su progenitora hoy codemandada, ante el incumplimiento de las medidas de protección a favor del menor, dispuestas por autoridad Fiscal. En consecuencia, se trata de la tutela de derechos que involucran a un menor, y por lo mismo, resulta viable en el caso concreto, realizar una excepción a la naturaleza subsidiaria que caracteriza a la acción de libertad, y abrir la competencia constitucional, sin la exigencia del agotamiento previo de los medios de impugnación intraprocesales; atinge a la jurisdicción constitucional abrir su competencia a efectos de verificar la veracidad o no de las lesiones demandadas, tarea que será desarrollada a continuación.

Identificada la problemática planteada y la pretensión del impetrante de tutela, que motivaron la interposición de esta acción de defensa, es necesario efectuar una síntesis de los antecedentes del proceso penal de origen, en el que se habrían suscitado las actuaciones hoy cuestionadas de lesivas de derechos vía acción de libertad, se tiene el inicio de una investigación penal en contra de Gina Alison Rosales Bascope –hoy

codemanda– a raíz de la denuncia interpuesta por Marcelo Torrelio Rodríguez –ahora accionante– ante el Ministerio Público, por la presunta comisión del delito de violencia familiar o doméstica, por maltrato y amedrentamiento tanto física, como psicológica, contra el impetrante de tutela y su hijo menor de siete años de edad; solicitando a su vez el inicio de las investigaciones, la disposición inmediatamente de medidas de protección y otros; caso signado como 201102012102533; así también cursa el Informe de inicio de investigaciones, de 15 de abril de 2021, por Juana Fidelia Gómez Nolasco, Fiscal de Materia, recayendo bajo el control jurisdiccional del Juzgado de Instrucción Anticorrupción y Contra la Violencia Hacia la Mujer Quinto del departamento de La Paz.

Consta también Estado del Caso con Código 2011020112102533, de la cual se advierte como última actividad el 15 de abril de 2021 (con inicio de investigaciones) por Liliana Carolina Choque Valda, Fiscal de Materia asignada al caso –autoridad ahora demandada–, dentro del referido proceso penal; de la cual la señalada autoridad fiscal, el 19 de abril de 2021, determinó la aplicación de las siguientes medidas de protección a favor de la víctima menor de edad: **3)** Prohibición de comunicarse directa o indirectamente y por cualquier medio con la víctima; **4)** Prohibición de intimidar por cualquier medio o a través de terceros personas a la víctima, así como a cualquier integrante de su familia; **8)** Prohibición de acercarse, en el radio de distancia que determina la jueza o el juez al lugar de la residencia de trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la víctima; **9)** Prohibición de transitar por los lugares de recorrido frecuente de la víctima; y, **10)** Prohibición de concurrir o frecuentar lugares de custodia albergue, estudio o esparcimiento a lo que concurra la víctima” (sic); con la aclaración que las medidas de protección son de carácter provisional y de cumplimiento inmediato, de lo cual se deberá solicitar la homologación ante el Órgano Jurisdiccional, debiendo notificarse y cumplirse en el día, a las partes procesales para su cumplimiento, por parte del Investigador asignado al caso; posteriormente, mediante Requerimiento de Directrices de 19 de abril de 2021, la citada Fiscal de Materia, requirió el inició de investigación preliminar, por el Investigador asignado al caso, debiendo este cumplir entre otras, el numeral 9 “Notifíquese ambas sujetos procesales con las medidas de protección” (sic), debiendo éste elevar informe respectivo en el plazo de ocho días, bajo su responsabilidad funcionaria en conformidad con el art. 154 del CP; así también consta en antecedentes memorial de 27 de dicho mes y año, por Liliana Carolina Choque Valda, Fiscal de Materia, en la cual, solicitó al Juez de Instrucción Anticorrupción y Contra la Violencia Hacia la Mujer Quinto del departamento de La Paz, además de la ampliación del plazo de investigación en el citado proceso de violencia, requirió la homologación de las medidas de protección de carácter provisional, dispuestas por la referida autoridad Fiscal, a favor de la víctima.

Asimismo, consta Resolución 296/2020 de 19 de noviembre; por el cual, el Juez Público de Familia Séptimo del departamento de La Paz, dentro del proceso de incremento de asistencia familiar, a instancia de Gina Alison Rosales Bascope –hoy codemandada– contra el impetrante de tutela; dispuso la modificación en cuanto al régimen de visitas del referido menor por parte del accionante, los días domingos de 10:00 a 18:00, mientras la prenombrada tenga su residencia en la ciudad Nuestra Señora de La Paz, manteniendo los demás términos vigentes, establecidos en el Acuerdo Regulador de 18 de septiembre de 2017, suscrito entre estos.

A decir del accionante, en su memorial de acción de libertad y ratificado en audiencia, que habiéndose notificado a la hoy codemandada (Gina Alison Rosales Bascope), con las medidas de protección en favor de su hijo menor NN, el 4 de mayo de 2021, por el investigador asignado al caso “Eddy Mamani”, funcionario policial; que teniendo conocimiento del cumplimiento de dicho acto procesal, la Fiscal de Materia –autoridad hoy demandada–, no realizó ningún tipo de verificativo ni materializó las medidas de protección emanadas por ésta; toda vez que, el requerimiento es expreso y determina que dichas medidas son de inmediato cumplimiento; señalando a su vez que la madre de su hijo, le restringió el poder ver a su hijo, desde hace cinco semanas atrás, reteniendo al menor inclusive sin poder dejarle comunicarse por teléfono, siendo evidente la retención de su hijo menor bajo el poder de la referida de forma abusiva, arbitraria y en total riesgo; alegó también, que el 3 de mayo de 2021, (Gina Alison Rosales Bascope), allanó su domicilio, ubicado en la zona de Mallasa Retamani IV (de la ciudad Nuestra Señora de La Paz), en compañía de su hijo menor, al cual utilizó para amenazarlo, del por qué le habría denunciado; que a su vez, recibió insultos de manera violenta, llegando casi a agredirlo físicamente; posteriormente, se retiró la prenombrada llevándose al menor, mismo que se encuentra hasta el día de hoy desaparecido (4 de mayo de 2021); y , que al tratarse de un niño en la cual se encuentra dentro de un sector vulnerable de la sociedad, el Estado debe de agotar todos los mecanismos para resguardar y proteger el derecho a la libertad y por sobre todo el derecho a la vida del referido menor.

Por su parte la autoridad ahora demandada, por informe escrito presentado el 5 de mayo de 2021 y en audiencia sobre que no hubiera realizado el seguimiento a dichas medidas de protección, ésta señaló, que su incumplimiento se debió a que hasta el presente (5 de mayo de 2021), la referida Fiscal de Materia no tiene ningún informe del investigador asignado al caso, que conste la notificación al “denunciado”, teniendo únicamente informe de 4 del mismo mes y año, donde el prenombrado investigador, solicitó una nueva citación y de que ya se diligenció el requerimiento de técnicos auxiliares; por lo que, no tiene plenamente establecido si la denunciada (Gina Alison Rosales Bascope) tuvo o no conocimiento de las medidas de protección (versiones ratificadas en audiencia por la autoridad fiscal demandada); alegando también que los requerimientos referidos por el accionante, fueron entregados en su totalidad

conforme consta en el cuaderno de investigaciones; además que el ahora solicitante de tutela no realizó las acciones idóneas y legales ante la autoridad jurisdiccional; por lo cual, el Ministerio Público se sujeta en base al control jurisdiccional; y, solicitando se deniegue la tutela impetrada; toda vez que, su autoridad se sujetó a los institutos del Código de Procedimiento Penal y el cuaderno de investigaciones, debiendo el accionante acudir previamente a la autoridad jurisdiccional competente.

Asimismo, se tiene la manifestación por parte la codemandada en audiencia, refiriendo que, sobre el allanamiento al domicilio del impetrante de tutela, solo fue con el fin, de que el prenombrado pueda ver al menor y que el niño tome contacto con su padre; en el cual, después de ser notificada con las medidas de protección, inmediatamente "... le ha establecido que el día jueves hay una audiencia..." (sic), con la Defensoría de la Niñez para definir su situación; que por el principio de subsidiaridad la presente acción no cumplió; puesto que, el "Juez cautelar", no emitió ninguna determinación que vincule al Fiscal de Materia a que se exija el cumplimiento de las medidas cautelares o que dicha autoridad judicial disponga directamente una medida de protección a favor del menor víctima dentro del caso; además, refirió que por antecedentes de un posible caso de abuso sexual cometido por el padre del menor –hoy accionante– las visitas están sujetas a modificación solicitadas por ella, es así que de forma transitoria, ofreció al padre de su hijo, tener ese contacto, en tanto se resuelva en el referido Juzgado el régimen de visitas, a lo que el solicitante de tutela permitió de forma consentida el ingreso de la codemandada y su hijo –se entiende al domicilio del ahora impetrante de tutela–, teniendo una relación entre estos bajo un régimen de seguridad del menor, ante los hechos de una denuncia de abuso sexual, impidiendo dejar al menor solo y expuesto ante la situación de que su progenitor estuviera implicado en dicha denuncia; dado que, "el día de los hechos", se tuvo una reunión con la citada Defensoría y, de la cual se tiene un acta, de donde se acordó con el accionante dicha situación; por lo que, "...no ha habido ningún acceso de esa forma..." (sic); asimismo solicitó la consideración del Tribunal de garantías, "que este en conocimiento de un Juzgado Familiar" (sic); por el cual, se tiene ratificado el régimen de visitas; puesto que, es de competencia de esta autoridad; solicitando a su vez, que no se otorgue la tutela impetrada; toda vez que, la medidas provisionales están sujetas a la homologación de un "Juez de Garantías" que está a cargo de la investigación penal.

III.5.1. Respecto a las actuaciones de la Fiscal de Materia ahora demandada

En el contexto fáctico descrito precedentemente, este Tribunal evidencia; que ante una investigación penal, bajo la Dirección funcional de la autoridad Fiscal asignada al caso –ahora demandada–, en la cual se encuentra en calidad de denunciada la

hoy codemandada (Gina Alison Rosales Bascope), que a petición del impetrante de tutela, la citada autoridad emitió medidas de protección a favor de la víctima menor el 19 de abril de 2021 (Conclusiones II.6); que pese, haber ordenado al Investigador asignado al caso, la notificación a las partes procesales de forma inmediata, para su cumplimiento, es decir “en el día” (sic); además de disponer las directrices para el inicio de investigaciones; dicha autoridad, no hizo material y efectivo el cumplimiento de las referidas medidas por parte de la denunciada –hoy codemandada–, solo limitándose a manifestar en audiencia “...que a la presente (5 de mayo de 2021) (...) no tiene ningún informe del investigador asignado al caso, que conste la notificación al “denunciado” (sic), actuaciones que denotan vulneraciones a los derechos de la niña, niño o adolescente, en este caso, del menor víctima de presunta violencia, que al no estar efectivizadas dichas medidas podrían en riesgo o peligro la integridad del menor; asimismo, se advierte que, el conocimiento a la autoridad de control jurisdiccional –Juez de Instrucción Anticorrupción y Contra la Violencia Hacia la Mujer Quinto del departamento de La Paz–, de las referidas medidas de protección para su homologación, lo realizó fuera de plazo, es decir, el 27 de abril de 2021 (Conclusiones II. 8), **ocho** días después de emitir las medidas de protección a favor del menor, cuando la norma en su art. 389 ter. II del CPP –modificado por la Ley 1173–, establece que “Dentro de las **veinticuatro (24) horas siguientes de impuesta la medida, la o el fiscal**, la servidora o el servidor policial o la autoridad no jurisdiccional que la dispuso, **comunicará a la jueza o juez de instrucción, a objeto del control de legalidad y su consiguiente ratificación, modificación o revocatoria...**” (Fundamentos Jurídicos III.3); lo que generó que no se cuente con una resolución de las referidas medidas de protección por la autoridad competente.

Al respecto, es preciso aclarar que dentro de un proceso penal, por la supuesta comisión de un delito de violencia familiar o doméstica, que al tratarse de derechos que involucran a un menor, se debe considerar que el art. 60 de la CPE, que establece: ***“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 la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.”*** (Fundamento Jurídico III.2); en ese contexto las medidas de protección son de aplicación inmediata, que impone la autoridad competente, cuando se trate de delitos vinculados a

las distintas formas de violencia contra niñas, niños, adolescentes o mujeres a fin de evitar que el hecho produzca mayores consecuencias, que se cometan nuevos hechos de violencia, reducir la situación de vulnerabilidad de la víctima y otorgarle el auxilio y protección indispensable en resguardo de su integridad (art. 389 bis. I y II del CPP modificado por la Ley 1173).

Por consiguiente es necesario una protección idónea en estos casos; puesto que el incumplimiento de las medidas de protección dispuestas para el resguardo de la víctima de violencia menor de edad, se constituye en un riesgo para sus derechos a la vida y dignidad; en ese entendido la Fiscal demandada, debió hacer efectivo el cumplimiento de dichas medidas como Directora funcional del proceso, conforme a lo previsto por los Fundamentos Jurídicos III.2 y III.3 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, a objeto de precautar los derechos del menor de edad y evitar mayores daños, y exigir a la autoridad competente la materialización de las medidas de protección dispuestas por ésta; no obstante, al no haber obrado de esa forma incurrió en una dilación indebida en la tramitación de la causa que hasta la fecha de interposición de esta acción de defensa (4 de mayo de 2021) no se tiene ratificado, modificado o revocado dichas disposiciones por la autoridad jurisdiccional, poniendo en riesgo y peligro la integridad personal y la vida de NN; por lo que, al respecto, se debe **conceder** la tutela impetrada, en acción de libertad de pronto despacho, en resguardo del derecho a la vida.

III.5.1. Respecto a las actuaciones de Gina Alison Rosales Bascope codemandada

Sobre las actuaciones de la codemandada, que a decir del solicitante de tutela en esta acción de defensa que, la madre de su hijo, le restringió el poder ver a su hijo, hace cinco semanas, reteniendo al menor sin poder dejarle comunicar por teléfono, ejerciendo potestad de forma abusiva, arbitraria y en total riesgo del menor; por lo que, corresponde señalar que, no se advierte que lo denunciado y reclamado por el impetrante de tutela, encuentre algún punto de convergencia en relación al derecho a la libertad de la víctima menor, afectado por el despliegue procesal ahora cuestionado; toda vez que, la hoy codemandada (Gina Alison Rosales Bascope), madre del menor en cuestión, contaba con la guarda del mismo, que bajo la Resolución 296/2020, del Juez Público de Familia Séptimo del departamento de La Paz, autoridad que dispuso además, el régimen de visitas del referido menor por parte del accionante (Conclusión II.2); entonces en el marco de dicha disposición judicial, la prenombrada tendría la

tenencia total del niño; empero, al encontrarse, bajo el control de legalidad, por la autoridad competente, es decir, por el Juez de Instrucción Anticorrupción y Contra la Violencia Hacia la Mujer Quinto del departamento de La Paz, las medidas de protección a favor de la víctima menor de edad, mismas que están sujetas a la determinación de ésta; por el cual, cuya autoridad podrá ratificar, modificar o revocar las referidas medidas, disposición que sea la más favorable al menor en protección de sus derechos y garantías, y en primacía del interés superior de la niña, niño y adolescente, quedando pendiente de su homologación; además que por manifestaciones en audiencia por Gina Alison Rosales Bascope, de un posible caso de abuso sexual cometido por el padre del menor –hoy accionante–, en la cual el régimen de visitas estarían sujetas a modificación solicitadas por ésta; por lo que, de forma transitoria, ofreció al padre de su hijo, tener un contacto con el menor bajo su supervisión, en tanto se resuelva el régimen de visitas, sujeta a investigación; versiones que no fueron refutadas por el hoy impetrante de tutela; por lo que, no se advierte, que la libertad física o de locomoción del menor en ningún momento fue lesionado o amenazado de ser restringido; por consiguiente respecto a lo referido se debe **denegar** la tutela solicitada.

Sobre el allanamiento de la codemandada (Gina Alison Rosales Bascope) al domicilio del accionante, que utilizando a su hijo, hubiera amenazado violentamente, llegando casi a agredirle físicamente al referido, no corresponde su análisis, ya que no tiene vinculación directa, con la naturaleza de la acción de libertad; toda vez que, se está dilucidando la vulneración de derechos de un menor de edad.

En cuanto a la lesión del derecho a la libertad del menor de edad, es necesario referirse a la invocación realizada por el solicitante de tutela, respecto a este derecho, situación que no puede ser soslayada, porque ello involucra a un grupo vulnerable que podría estar siendo afectado en sus derechos; sin embargo, partiendo del reclamo sobre el derecho de dicho menor, se tiene que el mismo converge a consecuencia del incumplimiento de las medidas de protección que, por ello, existiría un aparente peligro de la libertad del menor y la limitación a su derecho de visitas y contacto del padre –ahora accionante– con el niño, lo que a su vez evidencia que la pretensión del impetrante de tutela, es que por esta acción de defensa se conozca, revise y emita un pronunciamiento sobre la tenencia o guarda del menor, al solicitar en su demanda de acción de defensa, que refiere: “Se ordene la entrega inmediata del menor mediante el ministerio público a efectos de materializar las medidas de protección impuestas por la citada autoridad fiscal” (sic), lo cual no procede, toda vez que, dichas medidas de protección no se pronunciaron sobre dicha pretensión, pues se trata de un derecho

subjetivo del ahora impetrante de tutela, de ejercer su paternidad y vínculo filial, ante la autoridad competente, es decir, ante la autoridad de un Juez en materia familiar; por lo que, de ninguna manera se advierte que ese reclamo esté vinculado a algún derecho del menor en sí y de forma autónoma a las cuestiones procesales que ahora se reclama por el nombrado, emergentes del despliegue procesal dentro de la causa que es seguido por este, más aún si se considera que precisamente las medidas de protección ahora cuestionadas y que se pretende relacionar con algún derecho de su hijo, surgen de determinaciones asumidas, dentro de un proceso de violencia intrafamiliar o doméstica que se encuentra en investigación; por lo que, la pretensión de que a través de la acción de libertad se pueda regular o revisar la tenencia o guarda del accionante con su hijo menor de edad, no corresponde; debiendo por todo lo expuesto precedentemente **denegarse** la tutela impetrada.

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

POR TANTO

El Tribunal Constitucional Plurinacional en su Sala Cuarta Especializada; 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: **CONFIRMAR** la Resolución 09/2021 de 5 de mayo, cursante de fs. 34 a 38 vta., pronunciada por la Sala Penal Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz; y en consecuencia,

1º CONCEDER la tutela solicitada, **disponiendo** que la Fiscal de Materia ahora demandada, procesada a notificar con las medidas de protección dispuestas a favor del menor NN, a la parte denunciada (Gina Alison Rosales Bascope) y haga efectivo el cumplimiento de las mismas, siempre y cuando el Juez de control jurisdiccional al homologar hubiera ratificado las mismas; y,

2º DENEGAR la tutela impetrada, respecto a la libertad, como a la entrega inmediata del menor NN, mediante el Ministerio Público.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.

René Yván Espada Navía
MAGISTRADO

Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano
MAGISTRADO

