

SENTENCIA No. 129

TRIBUNAL DE APELACIONES DE LA CIRCUNSCRIPCION ORIENTAL SALA DE LO PENAL MASAYA. TRECE DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DOCE. LAS DOCE Y CUARENTA MINUTOS DE LA TARDE.-FUNDAMENTACION

FACTICA -I- El Licenciado Francisco de la Concepción Reyes Miranda, en su calidad de defensor técnico del acusado Julián Antonio López Sánchez, interpuso recurso de apelación contra sentencia dictada por el Juzgado de Distrito de lo Penal de Juicio de Jinotepe, a las ocho y treinta y seis minutos de la mañana del día veintiuno de junio del año dos mil doce, mediante la cual se condena al acusado Julián Antonio López Sánchez, a la pena de quince años de prisión por la autoría del delito de Violación a Menor de Catorce Años, Agravado en perjuicio de Elda Carolina Martínez Sánchez. La apelación de la defensa responde a los siguientes agravios: **1).**-le agravia, la evidente parcialidad del Juez, al enunciar una teoría de relación de hechos muy diferentes a la que se logró establecer en el juicio oral y público, la cual difiere con la teoría fáctica de la acusación **2).**-le agravia, la descripción de la prueba evacuada según la sentencia, del juez sentenciador, en cuanto a los testigos Ericka Lucilda Silva Zepeda, quien es madrastra de la supuesta víctima quien supuestamente acompañó a la víctima a poner la denuncia, lo que se viene a contradecir con las declaraciones de la Médico Forense y de la Psicóloga quienes refieren que valoraron a la víctima en presencia de su madre María Antonia Sánchez Amador. **3).**-le agravia, la valoración del dictamen Médico Legal de la Doctora María Teresa Portocarrero. **4).**-le agravia, el valor probatorio otorgado al testimonio del señor Gustavo Antonio Leyton Marcia, quien se encontraba en horas de la mañana en compañía de su esposa y de sus dos hijas y que no miro a nadie extraño en el Restaurante Ranchón del Rey. **5).**-le agravia, que el juez sentenciador no valoro la desacreditación que la Psicóloga Gaudy Inés Medrano Córtez, establece de la supuesta víctima, cuando menciona que la víctima puede estar mintiendo. **6).**-le agravia, que el juez sentenciador halla valorado como prueba para condenar a su representado la declaración del inspector José María Ruiz Carcache, biólogo del laboratorio de Criminalística de Managua. **7).**-le agravia, que el juez sentenciante deja establecida su parcialidad, al establecer que el abogado defensor de ese momento, trato de ofender la honorabilidad de la víctima y de su mamá, apartando al juez de la realidad jurídica cuando tipifica el delito como violación a menor de catorce años agravada y está tipificación no existe, estableciendo dos penalidades la del arto. 168 y 169 CP y no razona la motivación de cuál de las dos penas ha de aplicar, ni las agravantes, ni las atenuantes para la imposición de las mismas. **8).**- le causa asombro que en la sentencia el juez, mande a destruir los elementos de prueba material y establece la destrucción y decomiso del isopo y el biquini, con la intención que en apelación no se le practique prueba alguna privando en esta defensa el derecho para demostrar la no culpabilidad de su representado. En su mismo escrito de apelación la Defensa pide a esta Sala: **1).**- Se gire oficio al Laboratorio de criminalística de Managua, a fin de que se le practique prueba de ADN a los residuos

seminales de los isopos, con los cuales se les practicaron exudados vaginal a la victima y una vez que se haga el procedimiento científico de ADN los resultados sean incorporados como prueba a favor de su representado y poder esclarecer que su representado no es culpable del delito; 2).- Se gire oficio a la Policía Nacional de Jinotepe a fin de que no destruyan la evidencia material biquini e isopos. Por admitida la apelación se mandar a oír al Ministerio Público, quien no contesto agravios. Se remiten los autos a esta Sala, la Sala los radica, y siendo el caso de resolver se dicta la siguiente sentencia.

FUNDAMENTACION JURIDICA -I- Por razones de Técnica Procesal, esta Sala; se pronunciara sobre las peticiones hechas por la defensa consistentes en : 1).- petición especial de solicitud de prueba, que se gire oficio al Laboratorio de criminalística de Managua, a fin de que se practique prueba de ADN a los residuos seminales de los isopos con los cuales se le realizo exudado vaginal a la victima y una vez que se haga el

Pág.No. 315

procedimiento científico de ADN los resultados sean incorporados como prueba a favor de su representado para esclarecer que su representado no es culpable del delito; y 2).- que se gire oficio a la Policía Nacional de Jinotepe a fin de que no destruyan la evidencia material ropa interior de la víctima e isopos. Esta Sala en vastas sentencias dictadas ha señalado el criterio de que Nuestro Código Procesal Penal, reconoce el derecho de las partes procesales a utilizar los medios de prueba para su defensa, no obstante tal derecho no es absoluto, sino que se encuentra condicionado a ciertos requisitos previos para su incorporación como es temporalidad y formalidad, salvo las excepciones contenidas en los Artos 202, 275, 306, 312 y 384 CPP, de donde se colige, que los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo los principios de inmediación, concentración y contradicción, Arto. 192, 193 CPP. No obstante el mismo procedimiento procesal incorpora una excepción a la regla consistente en la posibilidad de realizar en segunda instancia la incorporación de pruebas que no se hayan practicado en la primera instancia, pero dicha práctica condiciona la admisibilidad de su praxis a circunstancias tales como: 1).- que se pueda practicar en la audiencia, 2).- que la prueba admitida y no practicada en primera instancia haya sido por causas inimputables al recurrente; 3).- que se ignorase en la primera instancia por el apelante; y 4).- que le haya sido indebidamente denegada al impugnante. De la esencia de la norma, se desprende que la pretensión de la defensa de solicitar la realización de un acto de prueba, debe ser rechazada por ser está Impertinente, Inadmisibile y Extemporánea, al evidenciarse : 1).- que no estamos dentro de la causal exigida por la norma de ser una prueba que su practica pueda circunscribirse en la audiencia; 2).- tampoco; es una prueba que se ignoraba en el proceso, puesto que la prueba de fluidos biológicos extraídos a la victima, en examen de exudado vaginal, fue intercambiada por el Ministerio Acusador, en su escrito de intercambio de pruebas, presentado a las nueve y veinticinco minutos de la mañana del día veintitrés de abril del año dos mil doce, la que fue incorporada al juicio oral y público, mediante el testimonio del Perito Biólogo Inspector José María Ruiz Carcache; 2).- Dicho lo anterior, se deriva sin refutación alguna, que la defensa tuvo conocimiento de la prueba, sin embargo no se apropió en demostrar mediante la prueba

científica de ADN la inocencia de su defendido, sino que hasta en esta instancia pide se practique, análisis de ADN de los residuos biológicos encontrados en la víctima; peor aún la defensa no se molestó en estudiar el testimonio del Perito Biólogo Inspector José María Ruiz Carcache, quien declaró de manera concreta, precisa, ***que no se pudo realizar prueba de ADN para obtener la identificación del tipo sanguíneo por la escasez de la muestra; que no recibió muestra masculina, que en este caso no puede identificar el semen de que persona era, que solo determina la presencia de semen, el carácter secretor***; 3).- A lo antes esbozado debemos agregar que dicha prueba de fluidos biológicos extraídos de la víctima, no fue la prueba toral que sirvió de base a la condena. **Establecidas las razones jurídicas por las que no procede, la práctica de prueba de ADN, en los residuos biológicos extraídos con isopos de la víctima, esta Sala considera que es menester analizar la hipótesis de admitir como prueba la investigación corporal al condenado y en consecuencia ordenar la realización del examen de ADN en los residuos biológicos encontrados en la víctima, a fin de contrastar tipos sanguíneos; a la luz del arto. 237, 238 CPP; advirtiendo de previo que la solicitud de la defensa, no está referida a la investigación corporal en su defendido, sino a la práctica de la prueba de ADN de los residuos biológicos encontrados en la víctima; por lo que suponemos existe un desconocimiento de la técnica científica en la realización de la prueba de ADN. No bastante surge a esta Sala, la interrogante inexorable ¿con qué fluido biológico, esperma, vamos a comparar el grupo sanguíneo del condenado? Si a este respecto sabemos que el semen encontrado y extraído con isopos de la víctima, fue ***insuficiente para realizar la prueba de ADN y así poder identificar el tipo sanguíneo***. Es preciso por tanto dejar claro que dicha prueba de análisis de ADN, a los residuos biológicos extraídos de la víctima no puede ser reproducida por el carácter efímero, exigua de la misma, ello implica que la conservación de la evidencia material, isopos y blúmer, carece de razón jurídica ya como antes se dijo, los residuos biológicos extraídos en la víctima fue escasa y por lo tanto no fue la prueba contundente que sirvió de base para destruir el principio de inocencia del acusado, ya sí se desprende del análisis y del valor otorgado a dicha prueba, por el juez de primera instancia en la sentencia de condena objeto de apelación, visible en el considerando VI valoración de la prueba y fundamentación jurídica; p. 17, tercer párrafo.--II-Franz Von List nos indica: “El poder estatal interviene en la libertad de los ciudadanos a través de la pena. Para ello requiere que el "sujeto" realice una acción típica y antijurídica. Para que esa acción típica y antijurídica quede expresada en una pena requiere de la "culpabilidad" o "responsabilidad penal" o "imputación personal" o "atribución penal" (List, Franz von. (s/f). Tratado de Derecho Penal T.II. Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asua y adicionado al derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña. Madrid Instituto editorial Reus S.A) Siguiendo las enseñanzas de Von List y de la forma como lo asimila Roxin tenemos que: “Culpabilidad, en el más amplio sentido, es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado” p. 387. Roxin, Claus. (1998). (Dogmática Penal y Política Criminal. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima-Perú. Editorial IDEMSA). A juicio de esta Sala la culpabilidad del acusado, Julián Antonio López Sánchez, fue plenamente demostrada en el juicio oral y público, por lo que la sentencia de condena dictada por el**

juez sentenciante de primera instancia debe ser confirmada, exponiendo además en forma motivada y fundamentada las razones que nos conducen a tal decisión: I).- En el juicio oral y público, mediante prolijas pruebas quedo demostrado más allá de toda duda razonable que el acusado cometió el delito de violación en perjuicio de la menor Elda Carolina Martínez Sánchez, que los hechos se dieron en el Restaurante Rancho del Rey, el día nueve de abril del año dos mil doce. Mediante el testimonio de la victima, dado en el juicio oral y público afirma: "...Que el día domingo en compañía de su mamá llevo a una fiesta al Ranchón, que por un pleito la policía se llevo al conductor y que su mamá iba allí, que se quedo en la banca que está fuera del Guayomin, que le pidió agua y que se podía quedar a una señora, quien le dijo que no, que estaba con un señor; que paso la noche en una caseta que queda frente, luego en la mañana siguiente cuando vio que la señora se fue, le pidió agua al señor y el la dejo entrar, que cuando llegó la noche, el señor le empezó a preguntar

Pág. No. 316

si era virgen, el decía que era virgen y le decía que tuvieran relaciones, que le dijo que no, entonces la tomo del pelo, le dio un palmazo en la espalda y la llevo a una caseta y abuso de ella, que le mordió la pierna, que la agarro y le empezó a quitar la ropa, que el solo se quito el pantalón, que tenia sangre en las piernas, que el le dijo que se lavara, que ella no quería, pero después se lavo en la piscina. II).-En el mismo orden de ideas, la perito oficial investigadora de la Comisaría de la Mujer Julia María Molina Gutiérrez, declara en el juicio oral y público que: en la entrevista dada por la menor mencionaba que el actor del hecho andaba una camiseta que decía un nombre, pero al ir a hacer la inspección con la menor en el lugar del hecho, la menor identifica al señor que estaba ahí de portero, es ahí donde se identifico con el nombre de Julián, eso fue en la mañana del día once, que el nombre que decía el cuidador no coincidía con el que decía la menor, pues está decía que era Meléndez y el cuidador dio el nombre de Julián, por lo que se informo a su superior y se giro orden de detención, al llegar al lugar se hizo acompañar por la mamá de la menor y la menor, y fue quien dijo de manera directa quien había sido, señalando al que estaba en el portón diciendo el es, el es, refiriéndose a él, y el día de la inspección solo estaba él, que se le informo el objeto de la inspección; que se hizo el correspondiente reconocimiento de persona. **-III-** III).- En el mismo orden de ideas la Perito Médico Forense Doctora María Teresa Portocarrero, declara: que valoro a la menor, que en el hallazgo físico en el área genital y paragenital la niña tenia una equimosis en el tronco de la pierna derecha, en forma semilunar, el tronco de la pierna derecha es el pegue de la pierna con la ingle, ahí presenta la equimosis en forma semilunar compatible con una mordida humana, también presentaba sugilaciones, un moretón en forma irregular de 1x 0.5 cm al lado derecho del abdomen, presentando un desgarró a las 5 y a las 7 de las manecillas del reloj acceso carnal de data reciente y presenta un enrojecimiento normal por fricción; por ser una joven que no había tenido relación sexual, la fuerza es mayor porque hay una lucha por querer penetrar. Se considera de data reciente por ser menor de diez días, porque se puede observar el enrojecimiento, el sangrado de los desgarros. IV).- La Perito Psicóloga Gaudy Inés Medrano Córtez, declara que en el caso de Elda Carolina, la valoró el once de abril del año

dos mil doce a las doce y cincuenta y cinco minutos de la tarde, se hacia acompañar de su mamá y de una tía, las técnicas utilizadas en la valoración son las técnicas de observación clínica conductual, se utilizo con la menor la escala de la evaluación de los síntomas de la escala de Hamilton y las técnicas de evaluación de validez de una declaración; que la menor al momento de la valoración se encontraba triste al momento del relato lloraba, se agachaba y se agarraba en ciertos momentos el pelo, las emociones y el comportamiento de las personas varia de acuerdo a cada individuo. Para ver lo de la credibilidad del testimonio narrado por la victima utiliza la técnica de validez de una declaración, la que consta de diecinueve criterios, la menor obtuvo quince, lo que lo hace creíble, esto se hace complementario con las otras técnicas, la observación, la entrevista y al analizarlas conglomeradas hace que sea un testimonio creíble, que tiene que haber de diez a once criterios mínimos para que pueda ser un relato creíble, es una técnica que se utiliza en los casos de delitos sexuales. Concluyendo en su valoración que la menor presenta indicadores de un stress post- traumático agudo, proveniente del suceso de violación, se encontraron los síntomas de recuerdos recurrentes que provocan males psicológicos, que incluyen pensamientos, sueños, miedo, baja autoestima, esto lleva que la menor tiene un menoscabo psíquico persistente, ella esta reviviendo con su recuerdo el hecho traumático que experimento, lo que le produce un malestar psicológico. **Considera que el testimonio es creíble hay consistencia, fluidez, presencia de detalles, experiencia de vida, lo que lo hace ser creíble.** V).- Mediante el testimonio dela Sub- Oficial Yerling Ángel García Carcache, perito inspectora, quien realizo inspección en el lugar, donde refiere la victima se dio el hecho, una caseta tipo minifalda, mitad de piedra y mitad de malla, con techo de zinc, la victima señalo que a esa caseta llego, que en la caseta adentro estaban dos mesas una al costado este y la otra al oeste, al costado norte de la caseta había una estufa, la victima especifico que ahí fue. VI).- Mediante inspección ocular del día catorce de junio del año dos mil doce en el lugar Ranchón del Rey del Chinamo, conocido antes como Guayoming, frente a la entrada de Santa Teresa Carazo, la que fue realizada a solicitud del Ministerio Acusador, con la finalidad de realizar preguntas aclaratorias a la perito inspectora Yerling Carcache, se tiene por demostrado que en el lugar de los hechos se encontraba la caseta donde indico la niña que ocurrieron los hechos, piscina donde se lavo, aclarándole la víctima a pregunta de las defensa cuando quiso señalar que era honda y que una niña no podía nadar ahí, sagazmente que victima, que ella puede nadar y que en ese momento se lavo, no nado, porque estaba sucia, que ella estaba ahí, que no sabe si el señor salió o que se hizo, entonces ella salió corriendo a pedir ayuda. Dimana de la prueba obrante en el juicio oral y público, que el relato de la menor, producido ante las diferentes personas que le intervinieron, fue creíble, consistente, continuo, con presencia de detalles, propios de una realidad vivida, situación que solo ella en su calidad de victima está en la capacidad de narrar y describir con precisión a como lo hizo, sin equivocación o contradicción alguna. Consiguientemente la menor victima desde el inicio de las investigaciones logra identificar plenamente a su agresor, en la forma y en las circunstancias que han quedado descritas en consecuencia lo que afirma el recurrente sobre supuestas contradicciones, carencia de credibilidad, falta de correlación entre la acusación y la sentencia, resultan ser irrelevantes.

Máxime cuando esta Sala ha acogido el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, que señala que el delito a examen se desarrolla en su generalidad en ámbitos privados o aislados, que resultan proclives a la consumación del ilícito, no requieren para ser probados un testigo que presencie el hecho; dejando asentado, que son delitos de naturaleza clandestina, por lo que las manifestaciones de las víctimas adquieren un carácter preponderante -**IV**-El delito autónomo de violación a menores de catorce años, regulado en el arto. 168 CP; el elemento diferenciador de estos delitos es la minoría de edad del sujeto pasivo; siendo la tutela jurídica la indemnidad o intangibilidad del menor; castigando con pena de doce a quince años. No obstante el legislador ha introducido en el Arto. 169 CP circunstancias específicas de agravación cuando los hechos tengan lugar en las personas señaladas en los artos 167 y 168 y las circunstancias del artículo 169 CP; señalando la norma: se impondrá la pena de doce a quince años de prisión; a).- cuando el autor cometa el

Pág. No. 317

delito prevaleciendo de una relación de superioridad, autoridad, parentesco, dependencia o confianza con la víctima, o de compartir permanentemente el hogar familiar con ella; b).- cuando la violación sea cometida con el concurso de dos o más personas; c).- Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad o discapacidad física o psíquica para resistir, o se trate de una persona embarazada o mayor de sesenta y cinco años de edad; o d).- Cuando resulte un grave daño en la salud de la víctima. Sí concurren dos o más de las circunstancias previstas en este artículo se impondrá la pena máxima. De los términos literales del precepto la concurrencia de todos los elementos no da lugar más que a la comisión de un sólo delito, bastando un sólo elemento para la aplicación de la pena agravada, por ser un tipo mixto alternativo. Es decir todos los términos que suponen la agravación son perfectamente comprensibles, no se excluyen del tipo autónomo de violación a menores de catorce años, ni el tipo autónomo de violación; por consiguiente esta Sala concluye, que no se ha violentado el principio non bis in idem, a la vista de las circunstancias analizadas y de lo dictaminado por la Perito Psicóloga, quien relata en su testimonio que la menor víctima presenta un menoscabo psíquico persistente en su salud mental en el área personal y de supervivencia, por tanto la aplicación del subtipo agravado del arto. 169 inc. d CP; es procedente, debiendo el juez sentenciante en su sentencia imponer la pena del delito de violación a menor de catorce, y la pena del delito de violación agravada conforme a las reglas del arto 78 CP, no obstante en base al principio de prohibición de reforma en perjuicio a esta Sala, no le queda más que confirmar la pena impuesta de quince años de prisión **.POR TANTO:** De conformidad con las consideraciones de hecho y de derecho hechas disposiciones legales citadas y en nombre de la República de Nicaragua, esta Sala. Resuelve; **I.- No** Ha lugar al Recurso de Apelación, de que se ha hecho mérito. **En consecuencia. II.-** Se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito de lo Penal de Juicio de Jinotepe, a las ocho y treinta y seis minutos de la mañana del día veintiuno de junio del año dos mil doce, mediante la cual condena al acusado Julián Antonio López Sánchez, a la pena de quince años de prisión por la autoría del delito de Violación a Menor de Catorce años Agravada en perjuicio de la menor Elda

Carolina Martínez Sánchez. **III**).-Se le previene al recurrente el Derecho de interponer Recurso de Casación en contra de esta sentencia, de conformidad con el Arto. 385 CPP.IV).- Cópiese y Notifíquese y con testimonio concertado de lo resuelto vuelvan los autos a la oficina de origen.(F) **SILVIO AMERICO CALDERON G.**-----**(F) CARMEN A. LOPEZ M.**-----**(F) BAYARDO BRICEÑO C.**-----**(F) E. CISNERO U.**---**-SRIO.**- Es conforme con su original correspondiente la que fue debidamente cotejada. Masaya, trece de Noviembre del año dos mil Doce.-