TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA PENAL
AUTO SUPREMO Nº 1191/2021-RA
Sucre, 06 de diciembre de 2021

Expediente **:** Oruro 146/2021
Parte Acusadora **:** Ministerio Público
Parte Imputada **:** Alfonso Cruz Callizaya
Delito **:** Violación de Infante Niña, Niño o Adolescente

RESULTANDO

Por memorial de casación presentado el 6 de octubre de 2021, cursante de fs. 99 a 103 vta., Alfonso Cruz Callizaya, impugna el Auto de Vista 39/2021 de 27 de julio, de fs. 87 a 94 vta., pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público a instancia de Felisa Ignacio Calizaya, en contra del recurrente, por la presunta comisión del delito de Violación de Infante Niña, Niño o Adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del Código Penal (CP).

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO

a) Por Sentencia 055/2019 de 5 de noviembre (fs. 31 a 36 vta.), el Tribunal de Sentencia Penal Segundo del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, declaró a Alfonso Cruz Callizaya, autor de la comisión del delito de Violación de Infante Niña, Niño o Adolescente, previsto y sancionado por el art. 308 Bis del CP, imponiendo la pena de veinticuatro años de presidio, más el pago de costas y responsabilidad civil a favor del Estado y de la víctima.

b) Contra la referida Sentencia, el acusado Alfonso Cruz Callizaya, formuló recurso de apelación restringida (fs. 43 a 48 vta.), que fue resuelto por Auto de Vista 39/2021 de 27 de julio, emitido por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Oruro, que declaró improcedente el recurso planteado; en consecuencia, confirmó la Sentencia apelada.

c) Por diligencia de 29 de septiembre de 2021 (fs. 96), fue notificado el recurrente con el Auto de Vista impugnado; y, el 6 de octubre del mismo año, interpuso recurso de casación, que es objeto del presente análisis de admisibilidad.

II. SOBRE LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. Previa referencia respecto a la oportunidad de presentar recurso de casación cita los Autos Supremos "4/02 de 29 de abril, 414/02 de 19 de octubre, 95/04 de 18 de febrero y 140/04 de 10 de marzo" (sic), y haciendo mención a la forma; en cuyo mérito, cita las Sentencias Constitucionales 1086/06-R y 1401/2003-R de 26 de septiembre; y, citando los Autos Supremos 593 de 26 de noviembre de 2003 y 446/2003 de 19 de agosto, reclama que, en apelación cuestionó error en la calificación del hecho al delito de Violación de Infante, Niña, Niño o Adolescente, defecto previsto por el art. 370 núm. 1) del Código de Procedimiento Penal (CPP), en el que desglosó que el Tribunal de mérito calificó como delito previsto por el art. 308 Bis del CP, teniendo como base y prueba fundamental la signada como MP-D6, que contiene una serie de contradicciones, no tomando en cuenta el

Tribunal de juicio ni el de alzada, dos componentes respecto a la declaración de la víctima, pues: **i)** La menor mintió en su declaración, al señalar "violación me ha hecho", que fue descartado por el certificado médico, entonces, qué credibilidad se le puede otorgar a lo demás, cuando no lo dijo ella, siendo que en el informe psicológico MP-D6, refiere la psicóloga: "*tal como relata la propia víctima, testigo presencial intento consumar este acceso carnal por la vía vaginal pero como no pudo, no logro ejecutar por esa vía, obliga a la menor a chuparle el pene, es decir que se tiene plenamente demostrado el acceso carnal que tuvo el acusado a la menor víctima de su miembro viril pene por vía oral a la boca de la menor*", pues si la niña estaba con el buzo abajo y el sujeto detrás de ella intentado violarla, ¿no era más probable que ocurra por esa vía?, siendo lo cierto que no intento violarla por vía vaginal, como lo estableció el examen médico forense, tampoco se hizo chupar el pene; y, **ii)** La madre de la víctima con quien tiene problemas por terrenos, aleccionó a la menor para darle otro contexto a la supuesta violación, no siendo la niña quien dijo: "*me hiso chupar el pene*" o "*violación me ha hecho*", frases técnicas que solo los mayores conocen, no siendo probable una violación vía oral sin que se haya dejado huellas en dicho orificio; no obstante, fue condenado con extremo subjetivismo, bajo una sola declaración que fue aleccionada, contradictoria y fantasiosa, que no puede constituir prueba, obrando contrario a los Autos Supremos 431 de 11 de octubre de 2006 y 329 de 29 de agosto de 2006; puesto que, la Sentencia no describió cada uno de los hechos de manera precisa y exacta que conducirían a una correcta adecuación y subsunción al tipo penal previsto por el art. 308 bis del CP, dejándose llevar sólo por la declaración de la víctima, no otorgándole valor a los demás elementos de prueba como el certificado médico forense que allanó que no pudo ocurrir una Violación; consiguientemente, no concurrieron los elementos normativos y objetivos del delito acusado, pues cómo pudo existir una Violación a una menor de edad sin lesión alguna en el orificio en el que se hubiere introducido un pene de un hombre de 37 años de edad, lo que no resulta posible; aspectos que no fueron advertidos por el Auto de Vista, derivando en una errónea calificación del hecho al tipo penal, limitándose a reproducir los argumentos de su apelación sin compararlos con la doctrina legal invocada ni controlando si la Sentencia cumplió con la exigencia de describir los hechos y subsumir al tipo penal acusado, concluyendo el Auto de Vista que la declaración de la víctima estaba revestida de presunción de veracidad, y que los argumentos de su apelación eran subjetivos, no observando que el certificado médico forense no estableció ni un rasguño en la boca de la menor; además, que la menor mintió al señalar "violación me ha hecho", sin entender la frase técnica de violación, siendo que el certificado médico forense estableció "himen íntegro", lo que vulnera sus derechos al debido proceso y seguridad jurídica derivada en una incongruente interpretación del llamado "perspectiva de género".

2. Por otra parte, reclama que, el Auto de Vista impugnado incurrió en insuficiente fundamentación respecto a su agravio valoración defectuosa de la prueba, defecto previsto por el art. 370 núm. 6) del CPP, en el que invocó el Auto Supremo 88 de 28 de marzo de 2018; puesto que, no consideró todos los puntos desglosados en su apelación, como la prueba MP-D6, asumiendo como idóneo la declaración de la víctima en la DIO MP-D6, pasando por alto, que la menor mintió al señalar: "violación me ha hecho", cuando no hubo tal situación, incidiendo Tribunal de alzada en una defectuosa apreciación de dicho medio de prueba, cuando el relato en gran parte no fue creíble de realización, realizando un ejercicio mental ausente de sana critica en su componente de la lógica y del sentido común o máxima de

experiencia, que fue explicado en su recurso de apelación, existiendo dudas y contradicciones en su caso y una falta de certeza de los hechos que se juzgaron y por los cuales lo sentenciaron por el delito de Violación, cuando la valoración de la prueba debe ser integral; empero el Tribunal de mérito como el de alzada, omitieron apreciar de forma armónica todo el conjunto de la prueba, no otorgando el valor que le corresponde al certificado médico forense, existiendo duda respecto a qué valor en base a la sana critica se dio a las conclusiones del referido documento signado como MP-D3, que descartó la Violación por vía vaginal, surgiéndole una contradicción aberrante que para algunas cosas sea válida y para otras no se la tome en cuenta; no obstante, el Auto de Vista se refirió a la fundamentación de su apelación con cierto menosprecio, relatando solo lo que le convino para confirmar la sentencia, alegando que no se había fundamentado qué reglas de la lógica y la sana crítica se hubieren transgredido, ni se hubiere brindado la información necesaria que posibilite identificar cuál de las reglas del recto entendimiento humano fueron infringidas o soslayadas, cuales los hechos contrarios a la experiencia común, y de qué manera los medios de prueba fueron valorados indebidamente; cuando en su apelación fundamentó desde el concepto lógica y los medios o reglas que ella tiene como: el silogismo, la ilación, las máximas de experiencia, sentido común y la crítica, aplicadas en este caso de manera defectuosa, identificando cómo la Sentencia valoró la prueba de forma indebida, errada y tergiversada por la idea de lo que dispone el art. 193 inc. c) de la Ley 548, no razonando, ni valorando la prueba en base a las reglas de la lógica, ni le importó los demás medios de prueba; sin embargo, fue confirmada por el Tribunal de alzada, incurriendo en contradicción al Auto Supremo 115 de 28 de junio de 2006.

III. REQUISITOS QUE HACEN VIABLE LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

El art. 180.II de la Constitución Política del Estado (CPE), garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales, que se constituye a su vez en una garantía judicial conforme lo determinan los arts. 8.2 inc. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; debiendo los sujetos procesales, a tiempo de interponer los distintos recursos que la norma adjetiva prevé, observar las condiciones de tiempo y forma establecidas por la ley conforme la disposición contenida en el art. 396 inc. 3) del CPP.

En este contexto, el art. 416 del CPP, establece que el recurso de casación procede para impugnar Autos de Vista, dictados por los Tribunales Departamentales de Justicia, que sean contrarios a otros precedentes pronunciados por las Salas Penales de estos Tribunales o del Tribunal Supremo de Justicia; entendiéndose que existe contradicción cuando en una situación de hecho similar, el sentido jurídico que se asigna al Auto de Vista impugnado no coincida con el o los precedentes invocados, sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance; pues debe tenerse presente, que en el actual régimen de recursos establecido por el Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación, dada su función nomofiláctica, tiene como finalidad que el Tribunal Supremo de Justicia desarrolle la tarea de unificar la jurisprudencia, a fin de garantizar la aplicación correcta y uniforme de la ley penal, por razones de seguridad jurídica y respecto al derecho a la igualdad, de forma que todo ciudadano tenga la certeza y seguridad que la norma procesal y material será efectivamente aplicada por igual; además, esta labor se halla reconocida por el art.

42 de la Ley del Órgano Judicial (LOJ), que establece entre otras atribuciones de las Salas especializadas de éste Tribunal, la de sentar y uniformar jurisprudencia, resultando en el caso particular de la Sala Penal, que ante la interposición del recurso de casación, les corresponde en base al derecho objetivo, establecer la existencia o no de contradicción entre el fallo impugnado con los precedentes invocados.

Por otra parte, para la admisibilidad del recurso de casación es menester observar los requisitos prescritos en los arts. 416 y 417 del citado cuerpo legal, cuales son:

i) Interposición del recurso de casación dentro de los cinco días siguientes a la notificación con el Auto de Vista impugnado o en su caso con el Auto de Complementación, ante la Sala que emitió la resolución impugnada.

ii) Invocación del precedente contradictorio a tiempo de la interposición del recurso de apelación restringida, debiendo el recurrente señalar en términos claros y precisos la contradicción existente entre el Auto de Vista impugnado y el precedente invocado; es decir, este requisito constituye una carga procesal para el recurrente de efectuar la debida fundamentación sobre la existencia de precedentes contradictorios entre la resolución judicial impugnada con otros precedentes consistentes en Autos Supremos emitidos por las Salas Penales del Tribunal Supremo de Justicia o Autos de Vista pronunciados por los Tribunales Departamentales de Justicia; los cuales deberán ser expuestos de forma clara y precisa, a partir de la comparación de hechos similares y de las normas aplicadas con sentidos jurídicos diversos; especificando en qué consisten los defectos del pronunciamiento impugnado, las disposiciones inobservadas o erróneamente aplicadas, cuáles serían los preceptos que debieran aplicarse y la solución pretendida.

Esto significa que, no basta la simple mención, invocación, trascripción del precedente, ni la fundamentación subjetiva del recurrente respecto a cómo cree que debió ser resuelta la alegación; sino, la adecuación del recurso indefectiblemente a la normativa legal, para que a partir de ello, este Tribunal de Justicia, pueda cumplir con su competencia (art. 419 del CPP), sin que pueda considerarse a este medio de impugnación una nueva oportunidad de revisión del fallo de mérito.

El precepto legal contenido en el citado art. 417 de la Ley Adjetiva Penal, concluye señalando que el incumplimiento de dichos requisitos determinará la declaración de inadmisibilidad del recurso.

Sin embargo, existen situaciones de flexibilización de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación que permite abrir excepcionalmente la competencia en aquellos casos en los que se denuncie la existencia de graves y evidentes infracciones a los derechos de las partes y que constituyan defectos absolutos no susceptibles de convalidación; posibilidad que se justifica teniendo presente: **a)** Que el fin último del derecho es la justicia; **b)** La tarea encomendada por ley al Tribunal Supremo referida precedentemente; **c)** La necesidad de precautelar se observen las normas procesales que son de orden público y de cumplimiento obligatorio que prevén no se cometan actos procesales defectuosos, teniendo en cuenta que conforme la disposición contenida en el art. 115.II de la CPE, el Estado garantiza entre otros, los derechos al debido proceso y a la defensa; y, **d)** Las disposiciones relativas a la nulidad de actos procesales previstas por el art. 17 de la LOJ.

Este entendimiento, no implica que el recurrente se limite en el recurso de casación a formular una simple denuncia de actividad procesal defectuosa sin la debida fundamentación; por el contrario, en este tipo de situaciones, la parte recurrente deberá formular las denuncias vinculadas a la existencia de defectos absolutos, teniendo la obligación de cumplir con las siguientes exigencias: **a)** identificar e individualizar los antecedentes de hecho generadores del recurso; **b)** precisar el derecho o garantía constitucional vulnerado o restringido; **c)** detallar con precisión en qué consistente la restricción o disminución del derecho o garantía; y, **d)** explicar el resultado dañoso emergente del defecto.

Cabe destacar que esta doctrina de flexibilización de los requisitos de admisibilidad y permisibilidad de activar el recurso de casación ante la denuncia de defectos absolutos adoptada por este Tribunal, ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en las **Sentencias Constitucionales 1112/2013 de 17 de Julio, 0128/2015-S1 de 26 de febrero y 0326/2015-S3 de 27 de marzo**, entre otras, al señalar que guarda conformidad con los valores de justicia e igualdad y el principio de eficacia de los derechos fundamentales, entre ellos el acceso a la justicia y la justicia material, última que exige adoptar criterios que permitan enmendar y reparar la afectación grave de derechos y garantías constitucionales ocurridas en la tramitación de los procesos.

IV. ANÁLISIS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE DICHOS REQUISITOS.

En el caso de autos se advierte que el recurrente fue notificado con el Auto de Vista impugnado el 29 de septiembre de 2021, interponiendo su recurso de casación el 6 de octubre del mismo año, conforme se tiene del timbre de recepción de fs. 99; es decir, dentro del plazo de los cinco días hábiles que le otorga la Ley; en consecuencia, cumplido el requisito temporal exigido por el primer párrafo del art. 417 del CPP, corresponde verificar el cumplimiento de los demás requisitos de admisibilidad.

En ese entendido, en el **primer motivo,** el recurrente reclama que el Auto de Vista no controló que la Sentencia incurrió en error en la calificación del hecho al delito de Violación de Infante, Niña, Niño o Adolescente, basándose el Tribunal de mérito en la prueba MP-D6, que contiene una serie de contradicciones, no tomando en cuenta el Tribunal de juicio ni el de alzada respecto a la declaración de la víctima que: **i)** La menor mintió rotundamente; y, **ii)** La madre de la víctima con quien tiene problemas por terrenos, aleccionó a la menor para darle otro contexto a la supuesta violación, no siendo probable una Violación vía oral sin que se haya dejado huellas en dicho orificio; no obstante, fue condenado con extremo subjetivismo, bajo una sola declaración aleccionada, contradictoria y fantasiosa, no otorgando valor al certificado médico forense que allanó que no pudo ocurrir una Violación, consiguientemente, no concurrió los elementos normativos y objetivos del delito acusado; empero, no fue advertido por el Auto de Vista derivando en una errónea calificación del hecho al tipo penal acusado.

Al respecto, invocó los Autos Supremos 431 de 11 de octubre de 2006 y 329 de 29 de agosto de 2006, que establecerían que: "*Cuando no se califica adecuadamente, se genera una errónea calificación de los hechos (Tipicidad), porque la adecuación de la conducta humana a la descripción objetiva del o los delitos indilgados, debe ser correcta y exacta*" y "*los delitos para ser considerados como tales deben reunir todas las condiciones exigidas para cada tipo en el Código Penal y ser probados en juicio*

oral, público contradictorio, continuo, y en la fase de subsunción legal los tribunales y jueces de sentencia deben tener cuidado de observar que a la ausencia de algunos de los elementos configurativos del tipo penal no existe delito", explicando el recurrente, que la descripción de cada uno de los hechos de manera precisa y exacta que conducirían a una correcta adecuación y subsunción al tipo penal del art. 308 bis del CP, no fue establecido en la Sentencia, dejándose llevar solo por la declaración de la víctima, no otorgando valor al certificado médico forense que allanó que no pudo ocurrir una violación, por lo que, no concurrió los elementos normativos y objetivos del delito acusado; empero, no fue advertido ni controlado por el Auto de Vista, derivando en una errónea calificación del hecho al tipo penal, limitándose a reproducir los argumentos de su apelación sin compararlos con la doctrina legal invocada ni controlando si la Sentencia cumplió con la exigencia de describir los hechos y subsumir al tipo penal acusado, concluyendo que la declaración de la víctima estaba revestida de presunción de veracidad, cuando el certificado médico forense estableció "himen íntegro". De la fundamentación expuesta, se tiene que el recurrente explicó la posible contradicción de la Resolución impugnada con relación a los precedentes invocados, en tal sentido, cumplió con los requisitos previstos por los arts. 416 y 417 segundo párrafo del CPP, por lo que, el presente motivo deviene en **admisible**.

En cuanto a la cita de los Autos Supremos "4/02 de 29 de abril, 414/02 de 19 de octubre, 95/04 de 18 de febrero y 140/04 de 10 de marzo" (sic), 593 de 26 de noviembre de 2003 y 446/2003 de 19 de agosto, el recurrente se limitó a enunciarlos, no observándose el trabajo de contraste, en los términos exigidos por el segundo párrafo del art. 417 del CPP; consiguientemente, no serán considerados en el análisis de fondo.

Respecto a la cita de las Sentencias Constitucionales 1086/06-R y 1401/2003-R de 26 de septiembre; corresponde precisar que en el marco de una correcta interpretación del art. 416 del CPP, las mismas no tienen la calidad de precedentes contradictorios, por lo que, no serán consideradas en el análisis de fondo.

En cuanto, al **segundo motivo,** en el que reclama que el Auto de Vista incurrió en insuficiente fundamentación respecto a su agravio concerniente a la valoración defectuosa de la prueba; puesto que, no consideró todos los puntos desglosados en su apelación, como la prueba MP-D6, asumiendo como idóneo la declaración de la víctima en la DIO MP-D6, pasando por alto, que la menor mintió al señalar: "violación me ha hecho", cuando no hubo tal situación, incidiendo el Tribunal de alzada en una defectuosa apreciación de dicho medio de prueba, refiriéndose a la fundamentación de la apelación con cierto menosprecio y relatando solo lo que le convino para confirmar la Sentencia, alegando que no se habría fundamentado qué reglas de la lógica y la sana crítica se hubieren transgredido, no habiéndose brindado la información necesaria que posibilite identificar cuál de las reglas del recto entendimiento humano fueron infringidas o soslayadas, cuales los hechos contrarios a la experiencia común, y de qué manera los medios de prueba fueron valorados indebidamente; no considerando, que en su apelación fundamentó desde el concepto lógica y los medios o reglas que ella tiene, que fueron aplicadas de manera defectuosa, identificando cómo el Tribunal de juicio valoró la prueba de forma indebida, errada y tergiversada por la idea de lo que dispone el art. 193 inc. c) de la Ley 548, no razonando, ni valorando la prueba en base a las reglas de la lógica, ni le importó los demás medios de prueba.

Al respecto invocó los Autos Supremos "88 de 28 de marzo de 2018" y "115 de 28 de junio de 2006"; empero, buscado el primero, no corresponde a la fecha que señala el recurrente, que si bien existe el número de Resolución; empero, corresponde a una Resolución de admisibilidad; consiguientemente, no contiene doctrina legal aplicable que pudiera ser contrastado; en cuanto, al segundo, si bien existe el número de Auto Supremo emitidas por las Salas Penales Primera y Segunda; sin embargo, ninguna corresponde a la fecha que señala el recurrente, tampoco contienen doctrina legal aplicable que pudiera ser contrastada; puesto que, una declaró inadmisible el recurso de casación y la otra declaró infundado el recurso de casación.

Consiguientemente, se tiene que el presente motivo, no cumplió con los requisitos previstos por el art. 417 segundo párrafo del CPP, ni con los presupuestos de flexibilización, que fueron establecidos por este Tribunal y explicados en el acápite anterior del presente Auto; toda vez, que el recurrente no precisó qué derechos o garantías constitucionales hubieren sido vulnerados por el Auto de Vista, tampoco detalló con precisión en qué consistiría la restricción o disminución y de qué derechos o garantías constitucionales, situación por el que deviene en **inadmisible**.

POR TANTO

La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 418 del CPP, declara **ADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por Alfonso Cruz Callizaya, de fs. 99 a 103 vta.; **únicamente en relación al primer motivo identificado;** asimismo, en cumplimiento del segundo párrafo del citado artículo, dispone que por Secretaría de Sala se haga conocer a las Salas Penales de los Tribunales Departamentales de Justicia del Estado Plurinacional, mediante fotocopias legalizadas, el Auto de Vista impugnado y el presente Auto Supremo.

Regístrese, hágase saber y cúmplase.

FDO.

Magistrado Presidente Dr. Edwin Aguayo Arando
Magistrada Dra. María Cristina Díaz Sosa
Secretario de Sala M.Sc. Rommel Palacios Guereca