TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA PENAL
AUTO SUPREMO Nº 577/2021-RA
Sucre, 16 de agosto de 2021

Expediente **:** Tarija 29/2021
Parte Acusadora **:** Ministerio Público y Paulina Huarachi Mariano
Parte Imputada **:** Never Waldo Benito López
Delitos **:** Violación de Infante, Niña, Niño y Adolescente Agravada

RESULTANDO

Por memorial presentado el 21 de mayo de 2021, cursante de fs. 2227 a 2274, Never Waldo Benito López interpone recurso de casación, impugnando el Auto de Vista N° 11/2021 – SP1 de 26 de marzo, pronunciado por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, dentro del proceso penal seguido por Ministerio Público y Paulina Huarachi Mariano, contra el recurrente, por la presunta comisión del delito de Violación de Infante, Niña, Niño y Adolescente Agravada, previsto y sancionado por el art. 308 Bis. en relación al art. 310 inc. d), g) y h) del Código Penal (CP).

I. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE CASACIÓN

a) Por Sentencia N° 25/2018 de 15 de mayo (fs. 2026 a 2035), el Tribunal de Sentencia N° 3 del Tribunal Departamental de Justicia del Tarija, declaró a Never Waldo Benito López, autor de la comisión del delito de Violación Agravada, previsto y sancionado por el art. 308 Bis. en relación al art. 310 inc. d), g) y h) del CP, imponiéndole la pena privativa de libertad de treinta años de presidio, mas costas a favor del Estado y el pago de daños y perjuicios a la víctima.

b) Contra la mencionada Sentencia, el imputado Never Waldo Benito López (fs. 2052 y 2104 vta.), interpuso recurso de apelación restringida, resuelto por Auto de Vista N° 11/2021-SP1 de 26 de marzo, emitido por la Sala Penal Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, que declaró improcedente el recurso planteado; en consecuencia, confirmó la Sentencia apelada.

c) Por diligencia de 06 de mayo de 2021 (fs. 2167), el recurrente fue notificado con el referido Auto de Vista; mediante memorial presentado el 07 de mayo de 2021 solicitó explicación, complementación y enmienda y, en fecha 14 de mayo del mismo año, el recurrente fue notificado con el Auto de Vista que resuelve la explicación, complementación y enmienda; presentando el 21 del mismo mes y año, recurso de casación que es objeto del presente análisis de admisibilidad.

II. 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 tiene como función 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 esta Sala Penal, que ante la interposición del recurso de casación, le 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 Sala Penal 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)** Proveer 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.

III. ANÁLISIS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE DICHOS REQUISITOS

Con la finalidad de verificar el cumplimiento del plazo para interponer el recurso de casación que nos ocupa, se debe tomar en cuenta que la diligencia de notificación con el Auto de Vista N° 11/2021-SP1 de 26 de marzo, al acusado Never Waldo Benito López, fue practicada el 06 de mayo de 2021, en virtud a ello el recurrente formulo explicación, complementación y enmienda, siendo notificado con la resolución que resuelve dicha petición el 14 de mayo del mismo año, última decisión judicial desde la cual se computa el plazo para la interposición del recurso de casación, mismo que al haber sido presentado el jueves **21 de mayo de 2021,** se encuentra **dentro del plazo** previsto por el art. 417 del citado Código; por lo que corresponde verificar el cumplimiento de los demás requisitos de admisibilidad.

Como **primer motivo casacional** el recurrente, denuncia defecto absoluto por incongruencia omisa. Al respecto señala que el Auto de Vista N° 11/2021 pronunciado por la Sala Penal Primera, no hubiera dado una respuesta completa y razonable a cada uno de los agravios contendidos en el recurso de apelación restringida interpuesto, por cuanto en su debido momento se reclamó el defecto de sentencia previsto en el art. 370. 4 del CPP, cuestionado la ilegal incorporación de la prueba documental MP-4 consistente en una entrevista, la cual a decir del recurrente sustenta la sentencia condenatoria impuesta en su contra. Precisa que el recurso de apelación cuestiono la aplicación del *"Protocolo para juzgar con perspectiva de Género",* la aplicación de los AA SS Nros. 332/2012-RRC, 370/2012, 226/2015-RRC y del Auto de Vista N° 125/2014 por cuanto dichos fallos no contienen doctrina legal aplicable conforme lo exige el art. 420 del CPP, de igual manera se cuestionó en alzada la invocación del art. 15 núm. 4 de la Ley N° 2033 de Protección a las Víctimas de Delitos Contra la Libertad Sexual; asimismo, afirma que los de alzada no se pronunciaron en

relación a la doctrina legal aplicable obligatoria contenida en el A S N° 93 de 24 de marzo de 2011 que se reclamó en el recurso y también omitieron pronunciarse sobre el derecho que tiene el justiciable de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo.

Transcribiendo pasajes del Auto Vista y de los agravios denunciados en el recurso de apelación restringida, precisa que de igual manera, denunció como agravio el defecto de sentencia previsto en el art. 370-6 del CPP, en el que explico que la sentencia se basó en hechos inexistentes, no acreditados y en valoración defectuosa de la prueba, pese a ello el Tribunal de alzada se limitó a transcribir la parte de la sentencia donde justamente se cuestionó que se basó, en un hecho inexistente y no acreditado, sin recibir una respuesta razonable a la denuncia realizada, donde cuestionaban la valoración asignada a las declaraciones de los testigos Emilio Ale Maldonado, Hebert Iván Benito, Gabriela Torrez, Carlos Luis Copa, Melvi Fernández, Willy Nery Benito, etc., las fotografías D11 y D13 y el video incorporado al juicio y MP 13 informe social pericial, por cuanto el Tribunal de juicio sin considerar esta prueba, especula en relación a la idiosincrasia de la víctima del hecho de llamar cama a un sofá y pese a que la víctima no compareció a juicio, le dan mayor valoración a su declaración. Agrega que, en la imposición de la pena, se valoró la premeditación con la que actuó el agresor de contratar a un niño y asegurarse que este sea totalmente indefenso y vulnerable, hecho que no está contemplado en la acusación, por lo cual no fue debatido y menos probado en el juicio oral, cuestionamientos que no merecieron ningún pronunciamiento por parte del Tribunal de alzada.

Agrega que también se expuso como agravio en el recurso de apelación restringida el defecto de sentencia del art. 370-5 del CPP, por considera que la misma está sustentada en una fundamentación insuficiente y contradictoria, partiendo de la doctrina legal aplicable sentada en el AS 65/2012-RA de 19 de abril y precisando donde existían las carencias de fundamentación de la sentencia; empero, pese a demostrar de manera precisa la grosera fundamentación de la sentencia del Tribunal de alzada, contesta el agravio con una retórica de citas jurisprudenciales sobre la debida fundamentación, para indicar de forma superficial que se encuentra cumplida la fundamentación descriptiva, fáctica o intelectiva y jurídica de la sentencia.

Indica que igualmente denuncio el defecto de la Sentencia del art. 370-1 del CPP, por errónea aplicación de la Ley penal sustantiva, por considerar que existe una errónea aplicación de los arts. 37 y 38 del CP en cuanto a la imposición del marco penal, como también la errónea aplicación de la Ley penal sustantiva contenida en el art. 310 inc. d), g) y h) del CPP, respecto a la imposición de la agravante de 5 años a la condena por el delito de Violación, arguyendo que el Tribunal del juicio justifica la imposición de la pena máxima, en la gravedad de hecho, sin embargo se aparta considerablemente del marco legal de los arts. 37 y 38 del CP que se denunciaron como erróneamente aplicados, por atribuir a su persona hecho ajenos a su conducta, como las características de la víctima para fundamentar la imposición de la pena máxima, también el recurso cuestiono la apreciación en relación a la personalidad del imputado, la falta de aplicación de las atenuantes del art. 40 del CP y la errónea aplicación de la agravante al delito acusado, puesto que no se demostró que hubiera existido una grave alteración de la conciencia, sino un sueño, que nunca fue su dependiente, pues el negocio de venta de cds era de su hermano Hebert Iván Benito López y de su pareja, por quienes fue contratada la víctima y que en ningún momento se demostró que se sometió a la víctima a condiciones vejatorias y degradantes, aspecto que incluso no se encontraba contenido en la acusación.

Afirma que se denunció en apelación restringida denuncio el defecto de la sentencia del art. 370-11 del respecto a la incongruencia entre la sentencia y la acusación, pues a tiempo de pronunciar Sentencia, se introdujeron hechos diferentes a los expuestos en la acusación.

Se denunció defecto absoluto art. 169-3 del CPP, por vulneración del debido proceso en su componente al derecho a la defensa, por la negativa de realizar la pericia en proctología en el juicio oral ofrecida por su defensa y rechazada con el argumento de ser excesiva y no aportar mayores elementos al Tribunal.

En mérito a ello, el recurrente considera que el Tribunal de azada incurre en una argumentación evasiva e impertinente a los puntos cuestionados en el recurso de apelación restringida.

Cita en calidad de precedentes contradictorios los AA SS N° 210/2015-RRC de 27 de marzo, 193/2013 de 11 de julio de 2013 y 411 de 20 de octubre de 2006.

Como **segundo motivo casacional** el recurrente, de la misma forma trascribiendo fragmentos del recurso de apelación restringida y del Auto de Vista impugnado, sostiene que el mismo incurre en deficiente fundamentación e incongruencia omisiva, al evadir el control de logicidad ante el reclamo de valoración defectuosa de prueba; al efecto, indica que denuncio como agravio el defecto de sentencia del art. 370-6 del CPP, pues a su entender la sentencia se basó en defectuosa valoración de la prueba, identificando de forma detallada cada uno de los elementos de prueba que fueron valoradas en quebrantamiento de las reglas de la sana crítica y los componentes de la lógica que se hubieran violentando, empero nuevamente denuncia que ninguno de los aspectos cuestionados fueron objeto de consideración ni respuesta por parte del Tribunal de alzada, omitiendo el control de logicidad al que está obligado el Tribunal de apelación, respondiendo el agravio de manera genérica y vacía.

Cita en calidad de precedentes contradictorios los AASS N° 394/2014-RRC de 18 de agosto, 384 de 26 de septiembre de 2005, 133/2012-RRC de 20 de mayo, 326/2013-RRC de 6 de diciembre, 214 de 28 de marzo de 2007, ratificados por el AS N° 387/2018-RRC de 11 junio.

Sobre el cumplimiento de los requisitos y análisis de admisibilidad de los motivos primero y segundo detallados precedentemente, se advierte que el recurrente refiere que el Auto de Vista es contradictorio con los Autos Supremos detallados líneas arriba, precisando que el Auto de Vista vulnera el derecho al debido proceso en sus elementos motivación, fundamentación y congruencia, por cuanto el mismo contiene respuestas genéricas, evasivas y sin fundamento en relación a los agravios del recurso de apelación restringida, lo que le genera incertidumbre por considerar que los reclamos de apelación quedaron sin resolución, obligación procesal que debió cumplir el Tribunal de alzada y al no hacerlo incumplió la doctrina legal aplicable invocada en los precedentes contradictores citados, debiendo dicho fallo anularse, para que se pronuncie uno nuevo y se contesten de manera fundada y motivada todos los agravios denunciados en apelación; en tal sentido se observa que el recurrente, cumple con los requisitos que exige la Ley, por cuanto desarrolla en términos precisos la supuesta contradicción existente entre el Auto de Vista impugnado y los precedentes invocados, la aplicación de las normas con sentidos jurídicos diversos y especifica en qué consisten los defectos del pronunciamiento impugnado, las disposiciones inobservadas o erróneamente aplicadas, respecto a la falta de fundamentación del Auto de Vista sobre los agravios expuesto en el recurso de apelación restringida vinculado a la incorrecta valoración de la prueba por el Tribunal de Sentencia, la insuficiente y contradictoria fundamentación de la Sentencia, la errónea aplicación de la Ley penal sustantiva en la imposición de la pena y su agravante, incongruencia entre la sentencia y la acusación, defecto absoluto por vulneración al derecho a la defensa y falta de control de logicidad ante el reclamo de valoración defectuosa de la prueba; en consecuencia, los motivos casacionales primero y segundo, con base a los precedentes contradictorios invocados, resultan **admisibles.**

Como **tercer motivo casacional** el recurrente indica que el Auto de Vista es contradictorio con los siguientes Autos Supremos invocados en el recurso de apelación restringida. 1.- AA SS Nos. 93 de 24 de marzo y 323/2012-RRC sin fecha, 2.- AA SS Nos. 372/2015-RRC de 15 de junio y 631/2014 de 4 de noviembre, 3.-AA SS Nos. 145/2013-RRC de 28 de mayo y 131 de 31 de enero de 2007, 4.- AA SS Nos. 539/2015-RRC-L de 31 de agosto, 135/2013-RRC de 20 de mayo, 214/2007 de 28 de mayo, 438 de 15 de octubre de 2005, 53/2012 sin fecha, 167/2012 sin fecha, 176/2013-RRC de 24 de junio, 504/2007 sin fecha y 474 de 8 de diciembre de 2015, 5.- AS No. 65/2012-RA de 19 de abril. 6.- AA SS Nos. 021/2012 sin fecha y 379/2015-RRC de 15 de junio, 7.- AS No. 38/2013 de 18 de febrero, 8.- AS No. 408/2014-RRC de 21 de agosto y 9.- AS No. 279 de 04 de mayo.

Dentro el análisis de admisibilidad del tercer motivo casacional que esta Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia debe ejercer por impero del art. 416 y siguientes del CPP, se evidencia que la parte recurrente sostiene que existiré contradicción del Auto de Vista recurrido y los Autos Supremos anotados en calidad de precedentes contradictorios citados en el recurso de apelación restringida; empero de lo anotado y de lo analizado en la admisibilidad del primer y segundo motivo casacional, se tiene que los reclamos del recurrente están centrados en observar una indebida e insuficiente fundamentación y una incongruencia omisiva que se produce en el Auto de Vista y no se produce en la Sentencia, por lo cual este Tribunal de cierre, no puede analizar o sopesar la contradicción que pudiere existir entre el Auto de Vista y los precedentes contradictorios invocados en apelación restringida, por cuanto, los reclamos denunciados en casación se producen en la emisión del Auto de Vista.

A más de ello, y conforme a la línea jurisprudencial de este alto Tribunal de Justicia, no basta la simple mención del mismo; sino que es imprescindible explicar la contradicción existente entre el Auto Supremo citado y el Auto de Vista impugnado, así como la aplicación que se pretende, situación que no aconteció en el presente caso de autos, solo se limita transcribir parte de los precedentes contradictorios presuntamente aplicables al reclamo que efectúa en su recurso de casación, sin explicar en términos claros y precisos cual es la parte o partes del Auto de Vista que contradicen el precedente contradictorio invocado, pues incluso lo realiza en una sección separa del recurso, sin establecer la vinculación fáctica de su reclamo y la doctrina legal aplicable; debiéndose tener presente que indefectiblemente el recurso debe adecuarse a la normativa legal, para que a partir de ello, éste 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, menos aún se puede pretender que en el control de admisibilidad del recurso de casación, la labor del Tribunal Supremo de Justicia deba exceder su calidad de tercero imparcial y suplir la falencia y la técnica argumentativa que exige la interposición de este recurso de cierre.

Por otra parte, corresponde ingresar en el análisis de los criterios de admisibilidad vía flexibilización, tomando en cuenta que el recurrente denuncia la vulneración al derecho al debido proceso. Para el efecto es necesario tenerse presente que para que opere la admisión de un recurso de casación por vía de la flexibilización, el recurrente debe cumplir con la obligación de explicitar en términos claros y precisos los hechos que dieron origen al recurso con detalle preciso del agravio, la restricción o disminución del derecho o garantía, de forma tal que el resultado dañoso emergente del defecto sea identificado con claridad, así como las consecuencias procesales cuya relevancia tenga connotaciones de orden constitucional; en el presente, se observa que el recurrente no cumplió con dicha exigencia pues se limitó a transcribir los Autos Supremos, deviniendo el presente motivo casacional en **inadmisible**.

POR TANTO

La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida por el art. 418 del CPP, declara **ADMISIBLE** los motivos primero y segundo del recurso de casación de fs. 2227 a 2274, formulado por Never Waldo Benito López e **INADMISIBLE** el motivo tercero del referido recurso**.**

Asimismo, en cumplimiento del segundo párrafo del mencionado 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